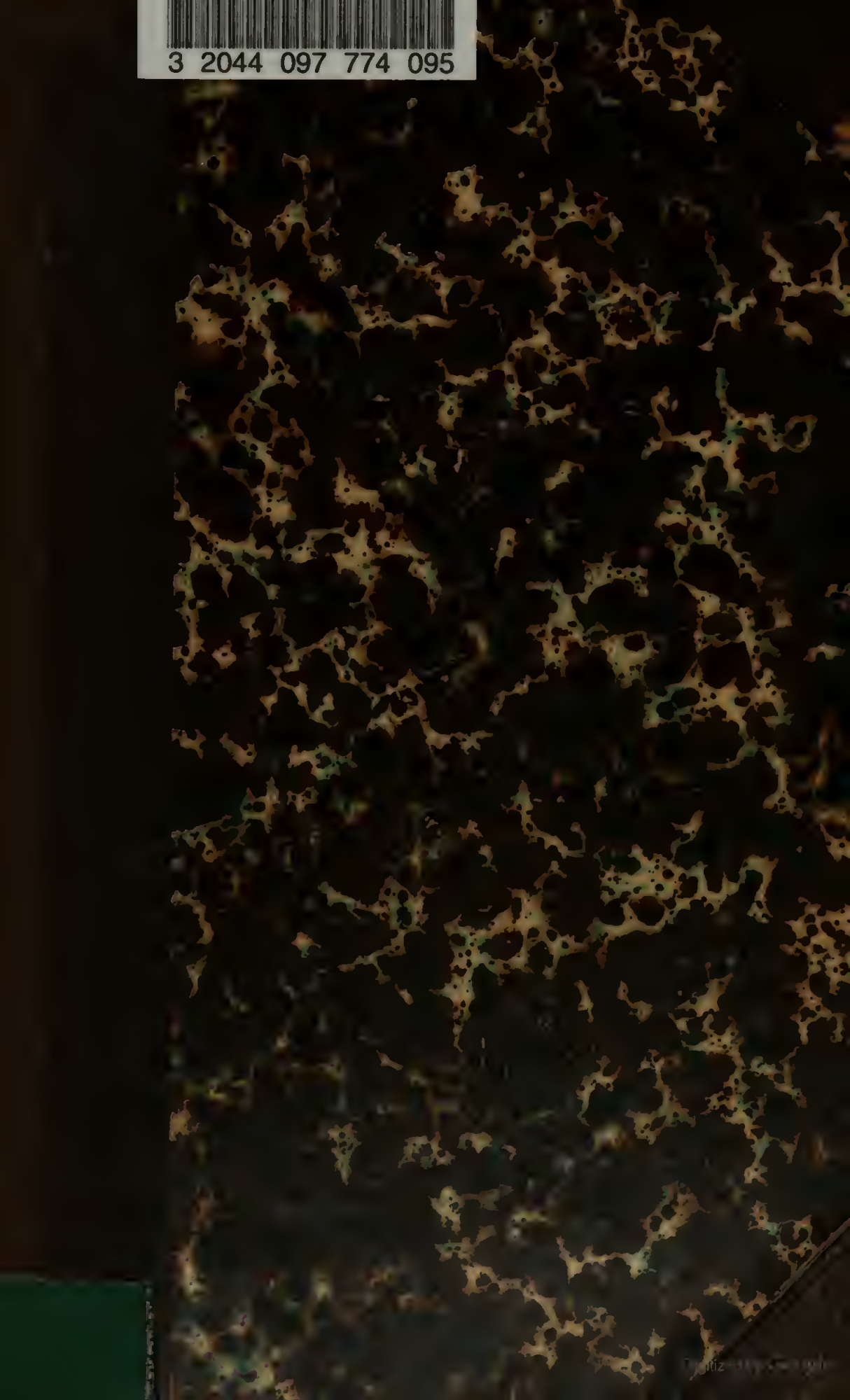
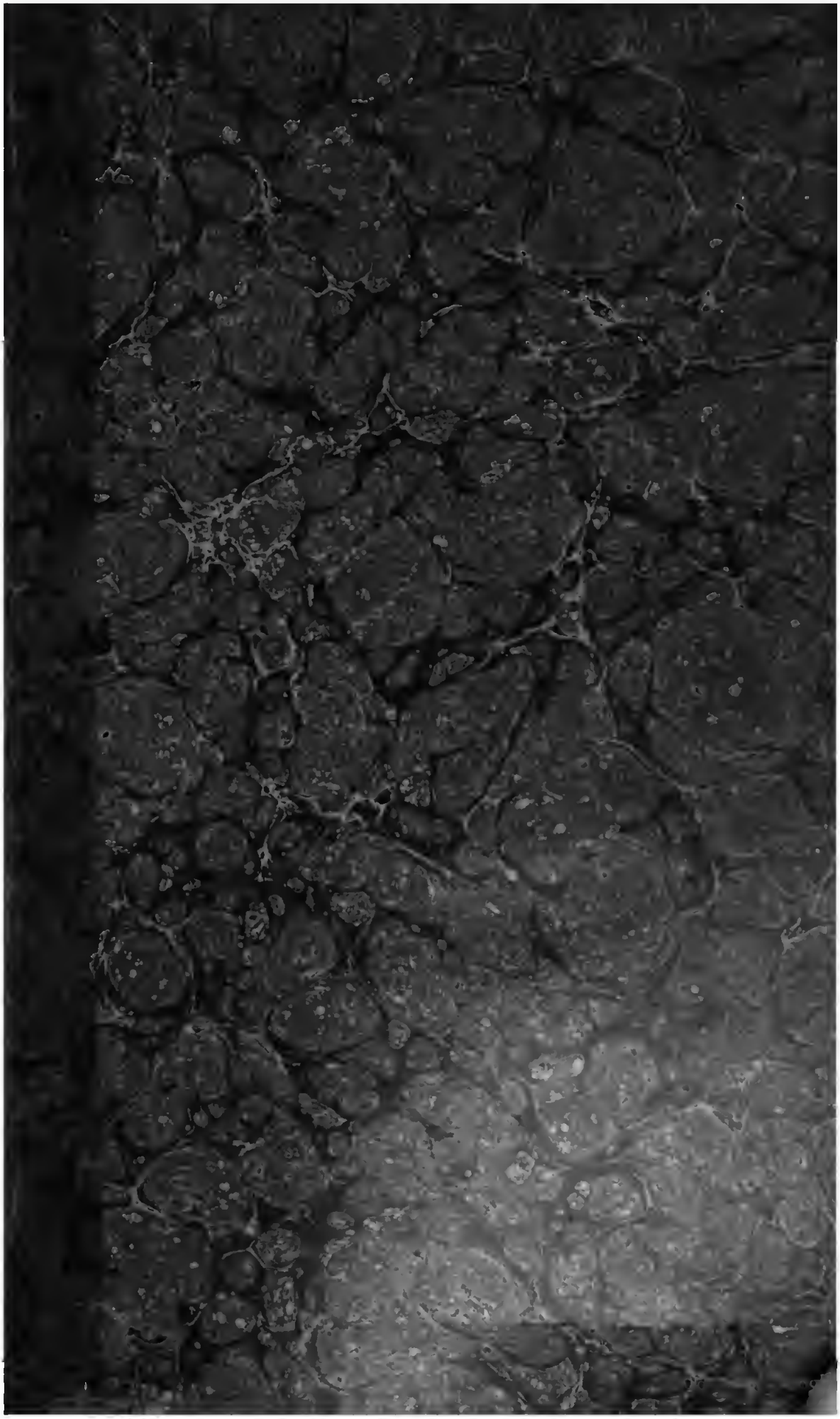
3 2044 097 774 095



Bd. Apr. 1884

Received
Nov. 28, 1883.



Digitized by Google

Die

Lehre vom subpignus.

Eine

von der Roſtocker Juriſtenfacultät gekrönte Preisſchrift

von

Dr. Rudolph Sohm.

Motto:

Scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem.

Celsus.

Roſtock.

Stiller'ſche Hofbuchhandlung.

(Hermann Schmidt.)

1864.

Rec'd Nov. 28, 1883.

Dem Herrn

Dr. Georg Wilhelm Wetzell,

Geh. Justizrath, und ord. Professor der Rechte
in Tübingen,

meinem hochverehrten Lehrer

ehrfurchtsvoll und dankbar

zugeeignet.

Vorwort.

Ehe die vorliegende Arbeit zu ihrem eigentlichen Thema ſchreitet, wird in zwei Paragraphen vom Begriff des Pfandrechts und von der Anwendung dieſes Pfandrechtbegriffs auf die Verpfändung von Sachen und Rechten gehandelt. Die Ausführlichkeit dieſes einleitenden Theils möchte unnöthig und überflüſſig ſcheinen. Zu meiner Rechtfertigung ſchon hier einige wenige Worte.

Das Afterpfandrecht iſt, wie ſeines Orts bewieſen werden ſoll, ein Pfandrecht am Pfandrecht. Dieſer Umſtand wird nach zwei Seiten hin für die Lehre vom Afterpfandrecht von Einfluß. Zunächſt wird der Begriff des Pfandrechts von doppelter Wichtigkeit, weil er in doppelter Weiſe zur Anwendung kommt. Ferner nimmt das Afterpfandrecht vermöge ſeiner eigenthümlichen Natur an allen den Erſcheinungsformen Theil, die das Pfandrecht als Pfandrecht an Sachen und Pfandrecht an den verſchiedenen Rechten anzunehmen vermag. Die Lehre vom Begriff wie von den Erſcheinungsformen des Pfandrechts nimmt darum für die Lehre vom Afterpfandrecht nicht allein eine einleitende, ſondern zugleich eine grundlegende Stellung ein. Wie das Pfandrecht im Afterpfandrecht zu ſich ſelbſt zurückkehrt, ſo nimmt auch die Lehre vom Afterpfandrecht die geſammte Lehre vom Pfandrecht wieder in ſich auf.

Dieſer Umſtand verlangte eine ſichere Baſis in der Lehre vom Pfandrecht, auf welche die ganze Arbeit ſich gründe. Da

ich mich hier auf eine der herrschenden Ansichten nicht beziehen kann, weil ich sie nicht theile, war eine nähere Besprechung der einschlagenden Punkte unumgänglich. Dahin gehört namentlich die Feststellung des Pfandrechtbegriffs und der Beweis der Richtigkeit desselben in seiner Durchführung durch die verschiedenartigsten Formen, deren er fähig ist. So hat der erste Theil dieser Arbeit die Umfänglichkeit gewinnen müssen, in der er vorliegt. Selbstverständlich ist dabei eine vollständige Berücksichtigung aller von anderer Seite her aufgestellten Ansichten unterblieben; ich habe mich in diesem Theil hauptsächlich auf die Darstellung meiner Ansicht beschränkt. Dieselbe muß sich durch eigne Consequenz und eignen Zusammenhang selbst rechtfertigen. Nur an Punkten, die insbesondere für die Lehre vom Afterpfandrecht unmittelbar von Interesse sind, konnte ein umständlicheres Eingehen nicht erspart werden.

Auf die Methode der Arbeit, über die ich mir gleichfalls hier ein Wort gestatte, war namentlich der Umstand von Einfluß, daß die Lehre vom subpignus wenig selbstständiges, ihr eigenthümliches Quellenmaterial besitzt. Um zu sicheren Resultaten zu gelangen, galt es namentlich die Klarstellung allgemeiner, principieller Fragen. Je weniger auf die Quellen zurückgegangen werden konnte, um so mehr mußte aus Principien deducirt werden. Das Zweifelhafte solcher, stets auf subjectiver Grundlage ruhenden, Resultate, habe ich mir nicht verhehlt; dennoch war dies der Weg, der hier allein zum Ziele führen konnte.

Soviel hievon. Die Anordnung des Stoffs ergiebt die beigefügte Inhaltsangabe.

Rudolph Sohm.

Inhalt.

		Seite
	Einleitung. Quellen und Literatur	1
I.	Begriff des Pfandrechts	6
II.	Anwendung des Pfandrechtbegriffs auf Verpfändung von Sachen und Rechten	20
III.	Das Pfandrecht am Pfandrecht	53
IV.	Entstehung des Afterpfandrechts	89
V.	Endigung	103
VI.	Inhalt des Afterpfandrechts	125
VII.	Rechtliche Stellung des Afterverpfänders	143
VIII.	Rechtliche Stellung des ersten Verpfänders	149

Einleitung.

Quellen und Literatur.

Das römiſche Recht iſt in ſeinen Beſtimmungen über das Afterpfandrecht äußerſt lückenhaft. Wir finden nur einen Titel des Codex, si pignus pignori datum sit (8, 24), der unſere Frage principiell behandelt; in den Digeſten müſſen wir uns die einſchlagenden Stellen aus den verſchiedenen Titeln zuſammenſuchen. Hervorzuheben ſind die l. 11 § 5. l. 40 § 2 D. de pign. act. (13, 7), l. 13 § 2 D. de pignoribus (20, 1), l. 14 § 3 D. de div. temp. praeser. (44, 3). Aus dem Corpus juris canonici ſchlägt nur das cap. 6 X. de pignoribus (3, 21) hier ein.

So unvollſtändig und theilweiſe zweideutig unſere Quellen ſind, ſo reich iſt die Literatur, die ſich, namentlich in neuerer Zeit, über unſere Lehre verbreitet hat. Von ſelbſtſtändigen Werken über das Afterpfandrecht, die dieſe Lehre in ihrem ganzen Umfange entwickeln, giebt es allerdings nur ein einziges,

Trotſche, das Verpfändungsrecht des Pfandgläubigers. Ein Beitrag zur Lehre vom Pfandrechte, insbeſondere zur Lehre von der Verpfändung der nominum. Güſtrow 1834.

Doch findet es ſich bei Gelegenheit anderer Lehren vielfach auch von anderen Schriftſtellern behandelt. Von größerem Intereſſe

iſt nur die neuere Literatur, die ſich ſeit Anfang dieſes Jahrhunderts entwickelt hat. Ich ſtelle dieſelbe hier zunächſt vollſtändig zuſammen.

Geſterding, über die Schuldverbindlichkeit als Objeet des Pfandrechts. Greifswald 1812. S. 21 ff.

Derſelbe, die Lehre vom Pfandrecht, nach Grundſätzen des römiſchen Rechts, dogmatiſch-polemiſch dargeſtellt. 2. Aufl. Greifswald 1831. S. 78 ff. (1. Aufl. Greifsw. 1816.)

Derſelbe, Ausbeute von Nachforſchungen über verſchiedene Rechtsmaterien. Greifswald 1832. Theil 4. Abth. 1. S. 199 ff.

Mühlenbruch, die Lehre von der Ceſſion der Forderungsrechte. Greifswald 1817, 3. Aufl. 1836. S. 336 ff.

Huschke, de pignore nominis. Gottingae 1820. cap. II. § 3.

Derſelbe, Zeitſchrift für Civilrecht und Proceß, Bd. 20. S. 220 ff.

Gaupp, de nominis pignore. Berol. 1820. S. 40 ff.

Hepp, Archiv für civiliſtiſche Praxis, Bd. 13. S. 350 ff. Ebendaſ. Bd. 15. S. 86 ff.

Sintenis, pfandrechtliche Streitfragen. Zerbſt 1835. S. 33 ff.

Derſelbe, Handbuch des gemeinen Pfandrechts. Halle 1836. S. 167 ff.

Fuhr und Hoffmann, civiliſtiſche Verſuche. Darmſtadt 1835. S. 72 ff.

Büchel, civilrechtliche Erörterungen. 1834. 2. Aufl. 1847. Bd. 1. S. 389 ff. 436 ff. 472 ff.

Buchka, de pignore nominis. Rostochii 1843. S. 26 ff.

Heimbach, Rechtslexicon. Bd. 8. S. 75 ff.

Dernburg, das Pfandrecht nach den Grundſätzen des heutigen römiſchen Rechts. Leipzig 1860. S. 475 ff.

Schmid, die Grundlehren der Ceſſion nach römi-

ſchem Recht dargeſtellt. Braunſchweig 1863. Bd. 1. S. 140 ff.

Dazu ſind zu vergleichen die gangbaren Lehrbücher von Puchta, Pandekten § 208, Vorleſungen, 4. Aufl. Bd. 1. S. 436 ff., Arndts § 367 Anm. 3. § 382, v. Vangerow I. § 368 Anm. 2, Brinz I. S. 323 ff., Windſcheid I. S. 631 ff.

Unter der älteren und älteſten Literatur iſt es ſchwer, eine Auswahl zu treffen. Bedeutend iſt nach der Gloſſe eigentlich nur die Leiſtung des

Donellus, tractatus de pignoribus et hypothecis, Lugdun. 1575, cap. 8.

neben dem etwa noch die Ausführungen des

Mudaeus, tract. de pignoribus et hypothecis, Lugdun. 1575, sect. quae res obligentur, n. 17 sqq.

Balduinus, tract. de pignoribus et hypothecis, Lugdun. 1589, cap. 12.

Negusantius, tract. de pignoribus et hypothecis, Colon. 1618, pars 2. membr. 3. num. 18 sqq., n. 29 sqq., n. 57, m. 4 n. 136 sqq., p. 3. m. 1. n. 14.

Bachovius, de pignoribus et hypothecis, Francof. 1627, lib. 2. cap. 8. 9.

ihren Platz finden mögen. Von den Commentatoren ſind namentlich Bartolus, Baldus, Salicetus, Raphael Fulgoſius in ihren Erklärungen zu den oben angeführten Stellen der juſtinianeiſchen Rechtsſammlung zu nennen. Im Uebrigen finden ſich, namentlich bei den Schriftſtellern des 17. Jahrhunderts, nur einzelne Aeußerungen, die ſich auf das Afterpfandrecht beziehen, fragmentariſch in den verſchiedenen Schriften zerſtreut. Die Lehre vom Afterpfandrecht hat das Eigenthümliche, daß ihre Quellen ſowohl wie ihre Literatur weither aus allen Gegenden zuſammengeſucht werden müſſen. Oben konnten wir faſt nur einzelne Geſetzesſtellen, hier können wir nur Citate aus den verſchiedenen Schriftſtellern zuſammenſtellen. Die Arbeit ſieht ſehr minutiös aus, muß aber doch gemacht werden, weil ſich andere

literäriſche Grundlagen für unſere Lehre nicht finden. Die bedeutenderen Schriftſteller, die ſich im 16., 17. und 18. Jahrhundert über unſeren Gegenſtand ausgeſprochen haben, ſind außer den eben erwähnten:

Ant. Faber, conjecturae juris civilis, Lugdun. 1591–1597, lib. VIII. cap. 15.

Idem, rationalia ad Pandectas, 1605–1624, bei den vom Pfandrecht handelnden Titeln.

Jac. Lectius, ad Modestinum de poenis, 1592, in Ev. Ottonis thesaurus juris Rom. I. p. 142.

P. Heigius, quaestiones juris civilis et saxonici, Jenae 1601, pars II. quaest. 5.

Tusehi, practicae conclusiones juris, Venet. 1617, ed. 4. 1661, tom. VI., concl. 348.

Matth. Berlichius, conclusiones practicabiles secundum ordinem constitutionum D. Augusti Elect. Saxoniae, Lips. 1618, pars II. concl. 29. n. 26 sqq.

Ben. Carpzov, jurisprudentia forensis romano-Saxonica, Francof. 1634, pars II. const. 23. def. 8.

Idem, responsa juris electoralis, Lips. 1642, lib. IV., tit. 4. resp. 33. n. 24 sqq.

Jo. Brunnemann, commentar. in 50 libros Pandectarum, Francof. 1670.

Mevius, decisiones, ed. 3. Francof. et Stralesund. 1681, pars V. dec. 342. 343, vgl. Codex Meviaanus, Mogunt. 1699, lib. VIII. tit. 24. dec. 1. 2.

Voet, commentar. ad Pandectas, Hagae 1697, lib. XX. tit. 1.

Merillius, observationes, lib. VII. cap. 35 (opp. Neap. 1720).

Inclytae Facultatis juridicae Erfordiensis responsorum et sententiarum collectio, Erf. 1770, sent. 202. num. 52 sqq.

Weſtphal, Verſuch einer ſyſtematiſchen Erläuterung der

sämmtlichen römiſchen Geſetze vom Pfandrechte, Leipzig 1770. S. 204 ff.

Gmelin, commentatio de jure pignoris vel hypothecae, quod creditori debitor in re sibi non propria constituit, Ulmae 1778. p. 235 sqq.

Glück, Commentar. Bd. 14. S. 57 ff.

Die gegebene Zuſammenſtellung iſt allerdings noch immer eine lückenhafte, weil abſolute Vollſtändigkeit auf dieſem Gebiete unerreichbar iſt; dennoch wird ſie wenigſtens zur Abkürzung der Citate dienen können, und inſofern einen, wenn auch nur äußerlichen Zweck erfüllen.

I.

Begriff des Pfandrechts.

Bekanntlich stehen sich über den Begriff des Pfandrechts zwei Ansichten gegenüber. Dem einen Theil der Schriftsteller ist es ein jus in re, dem andern eine obligatio rei.[1]) Ich kann mich weder der einen noch der andern Ansicht ohne Weiteres anschließen. Schon die Fassung der Streitfrage, welche die beiden entgegengesetzten Anschauungen voraussetzen, scheint mir unbefriedigend. Beide Theorien bestimmen nur das Wesen des Pfandrechts an einer körperlichen Sache; für die schwierige Lehre von dem Pfandrecht an Rechten lassen sie uns völlig rathlos. Die Antwort selbst auf die Frage nach dem Wesen des Sachenpfandrechts scheint mir ebenfalls weder hier noch dort völlig genügend. Die Lehre, welche es für ein jus in re erklärt, ausgestattet mit dem Recht, die Sache zum Zweck der Befriedigung einer Forderung zu verkaufen, bleibt augenscheinlich auf der Oberfläche, mehr beschreibend als definirend, und verwischt den Gegensatz, in dem das Pfandrecht ersichtlich zu den übrigen jura in re steht. Die Begründung dieses Urtheils wird sich aus dem Späteren ergeben. In dieser Hinsicht mehr versprechend scheint auf den ersten Blick die andere Ansicht, welche, sich an den Sprachgebrauch der Römer anschließend, das Pfandrecht für eine obligatio rei erklärt. Das unmittelbare juristische Gefühl

---

1) Die Literatur s. bei Dernburg, Pfandrecht I. S. 105 Note 1. Windscheid, Pandekten I. S. 579 Note 8.

wird durch diese Theorie sehr angesprochen; sie scheint das innerste Wesen des Pfandrechts zu erfassen und wiederzugeben. Dennoch befriedigt sie nicht, weil sie dem juristischen Verstande keine klare Vorstellung zu bieten vermag. Eine Sache, die, als persona obligata gedacht, zu einer Handlung verpflichtet sei, ist ein juristisches Unding. Wenigstens möchte zugegeben werden müssen, daß, falls die obligatio rei einen anderen Inhalt und Charakter haben soll als die obligatio personae, die Definition, das Pfandrecht sei eine obligatio rei, selbst erst wieder einer Definition, einer Erklärung bedarf. Wir finden hier das eigenthümliche Wesen des Pfandrechts nur in einem Bilde wiedergegeben, nicht das Räthsel gelöst.

Neuerdings hat man versucht, den Begriff des Pfandrechts überhaupt, unabhängig von der besonderen Form, in der es als Sachenpfandrecht erscheint, festzustellen. Dies ist der Weg, der nach meiner Ansicht allein zum richtigen Ziele führt, und den auch ich später einschlagen werde. Doch kann ich mich einer der ausgesprochenen Ansichten auch hier nicht anschließen.

Dernburg[1]) meint, „daß das Pfandrecht im weiteren Sinne durch seinen Zweck charakterisirt ist, daß es, ähnlich der Schenkung, der Dotalbestellung, ein allgemeiner Charakter ist, welchen Rechtsgeschäfte verschiedener Art annehmen können."

Mit dieser Ansicht ist das Bestehen eines „Pfandrechts im weiteren Sinne" unmittelbar geleugnet. Nehmen wir einem Rechte seinen Inhalt, so nehmen wir ihm seine Existenz. Daß überdies weder das Pfandrecht selbst, noch das Rechtsgeschäft der Verpfändung mit Schenkung oder Dotalbestellung zusammengestellt werden können, wird sich unten zeigen. Die Verpfändung ist stets Constituirung eines bestimmten Rechts von bestimmtem Charakter und bestimmtem Inhalt; nicht so die andern beiden Rechtsgeschäfte (vgl. Savigny, System Bd. 4. S. 1 ff.).

Der Gegensatz zwischen einem Pfandrecht im „weiteren"

1) A. a. O. S. 96.

und im engeren Sinne ſcheint mir überhaupt nicht vorhanden zu ſein, wie ich ſpäter noch näher zu zeigen verſuchen werde. Es giebt nur ein Pfandrecht von beſtimmtem Inhalte, das ſich aber nach außen hin in verſchiedenen Formen wirkſam zu erweiſen vermag.

Eine andere Anſicht ſtellt Schmid[1]) auf. Er geht von der Erſcheinung aus, daß bei verpfändeten Rechten dem Pfandgläubiger die Befugniß zuſteht, das ihm verpfändete Recht auszuüben, und meint demnach, die Verpfändung begründe „eine eigenthümliche Succeſſion in das betreffende Recht des Verpfänders, welche ſich von der gewöhnlichen Singularſucceſſion in ähnlicher Weiſe unterſcheidet, wie die durch Einräumung einer Servitut von der durch Uebertragung des Eigenthums hergeſtellten Singularſucceſſion, indem nicht, wie hier, der ganze Inhalt des Rechts, ſondern, wie dort, nur ein gewiſſer Theil deſſelben, und zwar zum Unterſchiede von den Servituten, gerade der zur Sicherung einer Forderung geeignete Theil deſſelben, vom Auctor auf den Nachfolger übergeht, der Reſt aber, als eigentlicher Kern mit dem Triebe das Getrennte wieder an ſich zu ziehen, im Vermögen des Auctor zurückbleibt."

Gegen dieſe Deduction iſt zunächſt zu bemerken, daß der Servitutberechtigte weder in das ganze Eigenthum noch in einen Theil deſſelben ſuccedirt. Der Inhalt eines Servitutrechts iſt nicht quantitativ, ſondern qualitativ von dem des Eigenthums verſchieden.[2]) Ebenſo ſteht es mit den jura in re überhaupt. Die Conſtituirung eines jus in re erzeugt ein neues ſelbſtſtändiges Recht mit ſelbſtſtändigem, bisher noch nicht dageweſenem Inhalt. Gleichermaßen die Verpfändung einer Sache.[3]) Neben die rei vindicatio des Verpfänders tritt die in rem actio hypothecaria des Pfandberechtigten, als eine zweite Klage, welcher jeder Beſitzer der Sache ausgeſetzt iſt. Das Verkaufsrecht des Pfandgläubigers iſt als ſolches im Eigenthum nicht enthalten, u. ſ. w. Ebenſowenig, wie das Sa-

1) Grundlehren der Ceſſion I. S. 96. 97.

2) L. 25 pr. D. de V. S. (50, 16.)

3) Vgl. Dernburg a. a. O. S. 127.

chenpfandrecht eine Succeſſion in das Eigenthum, wird das Pfandrecht an Rechten eine Succeſſion in das Recht des Auctors ſein. Wie wenig auch die Theorie Schmids in ihren weiteren Conſequenzen befriedigend iſt, wird ſich ſpäter zeigen.

Darauf, daß einige Quellenſtellen, auf die Schmid ſich beruft, bei Gelegenheit des Pfandrechts von einem succedere ſprechen, wird Niemand ein allzugroßes Gewicht legen. Auf dieſe Weiſe könnte man Vieles in die Quellen hinein interpretiren.[1]) Was es mit dieſem succedere auf ſich hat, wird ſich namentlich unten herausſtellen, wo wir der von Schmid citirten l. 14 D. de div. temp. praeser. (44, 3) Erwähnung thun werden.

Soviel hier zunächſt im Kurzen von den verſchiedenen über den Begriff des Pfandrechts aufgeſtellten Theorien.

Meine Anſicht vom Begriff des Pfandrechts gründet ſich auf folgende Betrachtung.

Die Vermögensrechte ſind wir gewohnt, nach ihrer Form in dingliche und perſönliche zu theilen. Dieſe Eintheilung, ſo wohlbegründet ſie an ſich iſt, reicht dennoch für die Syſtematiſirung der Vermögensrechte nicht aus. Nicht bei allen Rechten wird ihre juriſtiſche Structur durch ihre Form weſentlich beſtimmt. So iſt z. B. gerade das Pfandrecht ſeiner Natur nach an keine von beiden Formen gebunden; es vermag nach außen hin bald dinglich bald perſönlich zu wirken. Daher in unſeren Lehrbüchern das Schwanken in der ſyſtematiſchen Stellung deſſelben.

Wir müſſen demnach, um die Vermögensrechte in ihren wahren und innerſten Gegenſätzen zu erkennen, — denn auf Gegenſätzlichkeit beruht das Syſtem, — einen Schritt tiefer gehen; wir müſſen uns von der Form zu dem Inhalt der Rechte, von ihren äußeren Wirkungen zu den juriſtiſchen Functionen wenden, die ſie im Vermögensverkehr erfüllen.

Hienach unterſcheiden wir unter den Vermögensrechten zwei verſchiedene Gruppen, die einen, Rechte an einem Object, und

1) Vgl. z. B. Puchta, Pand. § 27. Note l.

zwar, näher bestimmt, Rechte an einer Sache; die anderen Rechte auf ein Object, nämlich auf einen Vermögenswerth.

Jene bestehen formell in der unmittelbaren dinglichen Unterwerfung einer Sache unter den Willen des Berechtigten. Der formellen Herrschaft entspricht eine Reihe materieller Befugnisse, durch deren Umfang und Beschaffenheit sie den berechtigten Willen befriedigen. Um dieser Herrschaftsbefugnisse willen sind sie da, in der denselben entsprechenden faetischen Herrschaft werden sie ihrem vollen Inhalte nach ausgeübt. Diese dinglichen Rechte sind eben auch ihrem Inhalt nach Rechte an der Sache. In der Sache, die sie formell beherrschen, finden sie auch materiell ihren wahren einzigen Gegenstand. Es deckt sich hier juristische Form und praktischer Zweck und Inhalt. Die einzelnen Rechte dieser Klasse sind Eigenthum, Emphyteuse, Superficies und Servituten.

Die Rechte der anderen Art bestehen, wie gesagt, in der Spannung auf einen Vermögenswerth. Ihre Aufgabe und ihr Zweck ist einzig der, diesen Vermögenswerth in das Vermögen ihres Subjects zu bringen.

Die juristische Form dieser Rechte ist verschieden je nach den Mitteln, über welche sie verfügen, um diesen Zweck zu erreichen.

Die Kraft der einen Art dieser Rechte äußert sich lediglich darin, daß sie in einem andern Subject eine Verpflichtung erzeugen, den Vermögenswerth, auf den sie sich richten, vermittelst irgend einer Handlung in das Vermögen des Berechtigten zu übertragen. Diese Handlung selbst kann der verschiedensten Art sein; nur muß sie, und das beweist die Richtigkeit unserer Begriffsbestimmung, immer einen Vermögenswerth haben.[1]) Formell erscheinen diese Rechte also als Rechte auf eine

1) Die Litiscontestation setzte nach classischem römischen Recht vermöge ihrer novationsähnlichen Wirkung (vgl. Wetzell, System des Civilprocesses, 2. Aufl. S. 112. 113.) den Anspruch des Klägers daher consequenter Weise in den Anspruch auf einen reinen Geldwerth um. Die besondere Erscheinungsform des in der Klage geltend gemachten (gegen den Beklagten immer persönlich wirkenden) dinglichen oder persönlichen Rechts ging unter, und es blieb allein der überall gleichartige Kern, der Anspruch auf einen Vermögenswerth zurück.

von einem bestimmten Subject vorzunehmende Handlung. Es sind dies die s. g. persönlichen oder Forderungsrechte. Auch bei ihnen deckt sich, ebenso wie bei den vorher behandelten Rechten der entgegengesetzten Klasse, Form und Inhalt vollständig. Dem Recht *auf* einen Vermögenswerth entspricht formell das Recht *auf* eine Handlung. Formell und materiell hat das Recht seinen Gegenstand noch nicht gefunden; formell und materiell Streben, Spannung nach diesem Gegenstande.

Daher der Gegensatz, in dem diese Rechte durchweg zu jenen stehen. Dort unmittelbare Machterweiterung, das Subject dem willenlosen Object gegenüber mit unbedingter Herrschaftsbefugniß ausgerüstet; hier gar keine Macht, nur ein Anspruch, dem berechtigten Subject ein anderes Subject, dem fordernden Willen ein anderer gleich freier, gleich starker Wille gegenüber. Dort das Recht in normalem Zustande in Ruhe, das Subject befriedigt, die actio nur eine der vielen, zunächst zurücktretende *Wirkung* des Rechts; hier von vorne herein Conflict, Spannung, der Wille des Subjects nicht befriedigt, sondern nach Befriedigung strebend, die actio *Inhalt* und zunächst einzige Wirkung des Rechts. Dort dauernde Ausübung, die Ausübung selbst das Recht kräftigend und bei Bestand erhaltend (Eigenthum, Servituten), hier gar keine Ausübung ohne Untergang des Rechts; dort das berechtigte Subject handelnd und in diesen seinen Handlungen durch das Recht geschützt, hier das berechtigte Subject ohne die Möglichkeit, selbstständig, aus eigner Macht zu handeln, (es sei denn, daß es sich an den Staat um Hülfe wende), nur die Handlung eines andern Subjects erwartend. Jene Rechte sind selbst Zweck, diese nur Mittel; jene sind um ihres Bestehens, diese um ihres Untergangs willen da.

Neben die Forderungsrechte tritt, dem Inhalt nach völlig gleichgeartet, der Form nach verschieden, eine andere Klasse von Rechten, die Rechte auf den Vermögenswerth eines bestimmten Objects, die ihr Subject zugleich berechtigen, den Vermögenswerth dieses Objects zum Zweck seiner Befriedigung selbsthandelnd durch Verkauf desselben oder auf andere Weise herzustellen.

Dieſe Rechte ſind demnach zugleich Rechte *auf* einen Vermögenswerth und Rechte *an* einem Object, beſtehen zugleich in der Spannung auf jenen und in der Macht über dieſes. Es iſt klar, wie ſie durch dieſe ihre Eigenthümlichkeit gerade in die Mitte zwiſchen die Forderungsrechte und die oben geſchilderten dinglichen Rechte treten.

Dieſe Art von Rechten findet man im deutſchen Recht in größerer Anzahl vertreten; ich rechne neben den Hypotheken auch die Reallaſten dazu.[1]) Im römiſchen Recht hat ſie nur in einer beſtimmten Form ihre Ausbildung gefunden.

Das römiſche Recht kennt ein Recht auf den Vermögenswerth eines Objects nur acceſſoriſch neben einem Forderungsrecht, alſo neben einem in perſönlicher Form erſcheinenden Recht auf einen Vermögenswerth. Jenes hat allein die Aufgabe, die Befriedigung dieſes Rechts zu ſichern; der Vermögenswerth, auf den jenes ſich richtet, iſt identiſch mit dem, den dieſes erreichen will, und beſtimmt ſich in ſeiner Größe nach dieſem. Dem Berechtigten ſoll nicht ein doppelter, ſondern nur *ein* Vermögenswerth zugeführt werden.

Das Recht auf den Vermögenswerth eines Objects tritt neben das Forderungsrecht nur, um dem Berechtigten den Vermögenswerth, der ihm aus der perſönlichen Schuld zukommen ſoll, gleichſam näher zu bringen. Während er hier zuwarten muß, bis der Schuldner aus freien Stücken erfüllt, kann er dort, vermöge der ihm über das Object unmittelbar zuſtehenden Macht, aus eigenem Entſchluß vorſchreiten und ſich ſelbſt ſeine Befriedigung verſchaffen.

Dieſes Recht auf den Vermögenswerth eines Objects, welches im römiſchen Recht ſeine Ausbildung gefunden hat, iſt das *Pfandrecht*. Faſſen wir das eben Geſagte noch einmal kurz zuſammen, ſo ergiebt ſich als Definition des Pfandrechts:

> *Pfandrecht* iſt das mit unmittelbarer Macht über ein Object ausgerüſtete Recht auf denjenigen Theil des Ver-

---

1) Die Reallaſt hat man denn auch, ebenſo wie das Pfandrecht, als obligatio rei definiren wollen.

mögenswerthes desselben, der zu der Befriedigung einer dem Pfandberechtigten zustehenden Forderung hinreicht

Das Pfandrecht ist also

1. ein Recht auf einen Vermögenswerth; dieser Vermögenswerth bestimmt sich in seiner Quantität nach der Größe des Vermögenswerthes, der dem Pfandberechtigten aus einer ihm zuständigen Forderung geschuldet wird; er ist identisch mit diesem Vermögenswerth.

2. ist das Pfandrecht ein Recht an einem Object; es verleiht dem Pfandgläubiger unmittelbare Macht, zum Zweck der Herstellung des Vermögenswerthes dieses Objects über dasselbe zu disponiren, und zwar über dasselbe in seiner Totalität, mag der Werth, den der Pfandgläubiger aus seinem persönlichen Recht zu fordern hat, größer oder kleiner sein als der Vermögenswerth dieses Objects.

Die so gefundene Begriffsbestimmung möchte nach mehreren Seiten hin schon hier befriedigende Aufschlüsse ergeben.

Das unter 1. aufgestellte Moment, welches den materiellen Inhalt des Pfandrechts bestimmt, ist namentlich wichtig für die Lehre von den Endigungsgründen des Pfandrechts. Pfandrecht und Forderungsrecht richten sich auf denselben einen Vermögenswerth, dennoch stehen sie als zwei völlig selbstständige, gesonderte Rechte neben einander. Das Verhältniß zwischen beiden ist genau dasselbe, wie zwischen zwei solidarischen Obligationen, etwa wie zwischen einem constitutum und der Hauptobligation. Der Vermögenswerth, dessen Leistung, resp. dessen Verschaffung das eine Recht befriedigt, hebt auch die Spannung des andern auf. Zahlung, Verkauf des Pfandes, überhaupt jede materielle Befriedigung des einen Rechts, tilgt darum auch das andere; nicht so die Litiscontestation oder andere formelle Endigungsgründe der Obligation.[1])

Das Moment unter 2. bestimmt die äußere Form des Pfandrechts. In diesem liegt der Gegensatz desselben gegen

1) Vgl. l. 6 pr. D. quib. mod. pign. (20, 6). — l. 38 § 5 D. de solut. (46, 3). l. 13 § 4 D. de pign. (20, 1). l. 11. pr. D. de pign. act. (13, 7). l. 58. pr. D. ad SC. Treb. (36, 1).

die Forderungsrechte, seine formelle Verwandtschaft mit den dinglichen Rechten. Inhalt und Form decken sich beim Pfandrecht nicht. Die fremdgeartete Form läßt allerdings, und darin gerade liegt der praktische Vortheil, den das Pfandrecht gewährt, die den Vermögenswechsel vermittelnden Rechte auf einen Vermögenswerth an den äußeren Vorzügen der Rechte an einer Sache Theil nehmen, wie wir dies namentlich beim Sachenpfandrecht näher sehen werden; dennoch ist ein gewisses Mißverhältniß, in dem Form und Inhalt hier stehen, unverkennbar. Seinem Inhalt nach empfängt das Pfandrecht durch die praktischen Zwecke, die es verfolgt, seine Grenzen; es richtet sich nur auf denjenigen Vermögenswerth, der aus der persönlichen Forderung geschuldet wird. Seine Form ist einer solchen Biegsamkeit unfähig; das Pfandrecht ergreift mit seiner dinglichen Macht unbedingt den ganzen verpfändeten Gegenstand. Nur durch Umwege, vermöge der persönlichen actio pignoratitia directa, kann die Ausschreitung des Pfandrechts über seine materiellen Grenzen hinaus verhindert werden. Diese schon von anderen Schriftstellern gemachte Bemerkung[1]) erhält ihre wahre Bedeutung erst, wenn wir hier einen Ausfluß des dem Pfandrecht eigenthümlichen Widerspruchs zwischen Form und Inhalt erkennen.

Unsere Definition bestimmt die Objecte, an denen ein Pfandrecht stattfindet, nicht näher; sie läßt also hier für alle Vermögensstücke, für Sachen sowohl wie Rechte, Raum; sie vindicirt dem Pfandrecht als solchem keine bestimmte Form. Gerade dies ist wichtig. Nur das Pfandrecht an einer Sache ist ein dingliches Recht; das Pfandrecht an Rechten ist den dinglichen Rechten nur insofern ähnlich, als es auch hier sein Object mit derselben Unmittelbarkeit ergreift, wie wir es sonst nur bei den Rechten an Sachen wahrzunehmen gewohnt sind. Die Form des Pfandrechts bestimmt sich also nach der Natur des Objects, das ihm unterliegt. Mit den Objecten vermag es seine Form zu variiren.

---

1) Namentlich bei Dernburg S. 98.

Davon, wie die Verſchiedenheit des Objects auf die Form des Pfandrechts einwirkt, ſoll im § 11 gehandelt werden; hier muß es nur noch unſere Aufgabe ſein, zu beſtimmen, was überhaupt Gegenſtand des Pfandrechts ſein könne, ein namentlich für die von uns principaliter zu behandelnde Lehre ſehr wichtiger Punkt. Auch hier wird die von uns aufgeſtellte Definition des Pfandrechts von Bedeutung. Nicht eine beſtimmte Form, nur einen beſtimmten Inhalt haben wir dem Pfandrecht zugeſprochen; das Pfandrecht iſt ſtets das Recht auf einen gewiſſen Theil des Vermögenswerthes ſeines Objects. Daraus folgt, daß es von ſeinem Object nur die eine Eigenſchaft verlangt, daß es einen Vermögenswerth habe, und daß dieſer Vermögenswerth auf irgend welche Weiſe herſtellbar ſei. Dies iſt der Kern des Satzes, den der Juriſt Gajus in der l. 9 § 1. D. de pign. (20,1) aufſtellt:

> Quod emtionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest.

Derſelbe tritt in der Lehre vom Pfandrecht dem Princip zur Seite, das Octavenus in der l. 9 § 2 D. de statulib. (40,7) für die Lehre von den Obligationen ausſpricht:

> ea in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt.

Wie hier jede Handlung von Vermögenswerth Gegenſtand des Forderungsrechts, ſo kann dort jedes Object von Vermögenswerth Gegenſtand des Pfandrechts ſein. Beide Sätze folgern aus der beiden Arten von Rechten gemeinſchaftlichen Natur und dienen in ihrer Uebereinſtimmung, wie in der gleichermaßen fundamentalen Stellung, die ſie in den von ihnen beherrſchten Lehren einnehmen, zu einer nicht geringen Beſtätigung der oben ſowohl von den Forderungsrechten als von dem Pfandrecht aufgeſtellten Definitionen.

Object des Pfandrechts kann alſo Alles ſein, was einen herſtellbaren Vermögenswerth in ſich trägt. Daher die Erſcheinung, daß das Pfandrecht, in ſeiner hiſtoriſchen Entwickelung von dem Pfandrecht an der Sache ausgehend, unter der Hand der römiſchen Juriſten allmälig, den Bedürfniſſen des

Verkehrs folgend, den ganzen Kreis der Vermögensstücke in sein Gebiet zog. Diese Entwickelung, nach unserer Ansicht naturgemäß, ja naturnothwendig, bleibt unerklärt, „schwierig, ja auffallend“[1], wenn man das Pfandrecht von vornherein als an eine bestimmte Form gebunden, als jus in re oder obligatio rei auffaßt.[2] Man kommt so z. B. mit Trotsche[3] zu dem Resultat, daß die Römer mit dem pignus nominis an der Forderung ein jus in re constituirt hätten.

Demgemäß bedurfte es denn auch keines Senatusconsults wie beim Usufructus, um das Pfandrecht auch auf Rechte anzuwenden. Es heißt in den Quellen,

l. 7 C. de hered. vend. (4, 39):

Postquam eo decursum est, ut cautiones quoque debitorum pignori darentur — —

l. 4 C. quae res pign. (8, 17):

Nomen quoque debitoris pignorari — posse, jam pridem placuit — —

l. 1 C. si pign. pignori (8, 24):

Etiam id, quod pignori obligatum est, a creditore pignori obstringi posse, jam dudum placuit — —

l. 13 § 2 D. de pign. (20, 1):

Quum pignori rem pignoratam accipi posse, placuerit —

l. 11 § 2 D. eod.:

Ususfructus an possit pignori hypothecaeve dari, quaesitum est. Et scribit Papinianus — — tuendum creditorem — —

---

1) Dernburg a. a. O. S. 96.

2) Man vergleiche die gezwungenen Auffassungen älterer und neuerer Schriftsteller, welche das Auffallende der Constituirung eines Pfandrechts an Rechten gleichsam zu entschuldigen und zu verdecken suchen, wenn sie Sachen und Rechte als res corporales und incorporales neben einander stellen. So z. B. Negusantius. de pignoribus et hyp. pars 2. membr 3. n. 21 und p. 6. m. 1. n. 24. Huschke, de pignore nom. S. 26. Gaupp, de nominis pign. S. 11. 20. Hepp, Archiv f. civ. Praxis, Bd. 13. S. 343. Sintenis, Pfandrechtliche Streitfragen. S. 2. 11.

3) Das Verpfändungsrecht des Pfandgläubigers. S. 82.

Das pignus nominis, pignoris u. ſ. w. iſt darum auch nicht etwa ein quasi pignus, wie der ususfructus nominis z. B. ein quasi ususfructus iſt, ſondern ein wirkliches pignus, deſſelben Inhalts und derſelben juriſtiſchen Natur wie das Pfandrecht an der körperlichen Sache, nur in der Form verſchieden.

Aus dem Kreis der Objecte, an denen ein Pfandrecht möglich iſt, ſcheiden nach der Natur dieſes Rechts demnach nur diejenigen aus, welche einen Vermögenswerth zu produciren nicht beſtimmt ſind, oder zu produciren nicht vermögen.

Zu der erſten Klaſſe gehören die actiones vindictam spirantes und die Rechte auf Lebensverſorgung[1]), zu der zweiten die größere Mehrzahl der Servituten.[2]) Dieſe Rechte haben alle das gemeinſam, daß ſie, zur Befriedigung durchaus individueller Bedürfniſſe beſtimmt, das Vermögen des berechtigten Subjects wohl vergrößern, aber nicht bereichern. Sie führen wohl im Reſultat einen Vermögensvortheil mit ſich und haben darum ein Vermögensintereſſe, ſtellen aber, weil ſie ſelbſt beſtimmte Zwecke verfolgen, keinen Vermögenswerth zu Gebote, über den das Subject nach ſeiner Willkür und zu ſeinen Zwecken frei disponiren könnte. Es kann darum hier auch nicht durch Verpfändung über einen ſolchen, etwa vermittelſt dieſer Rechte zu erreichenden Vermögenswerth disponirt werden.

Dieſe Gründe ſchließen namentlich auch die Verpfändung der servitutes praediorum und der servitus usus aus. Es gilt von ihnen das eben Geſagte in vollſtem Maße. Ihr Umfang beſtimmt ſich unmittelbar nach dem Bedürfniß des berechtigten Subjects; die Exiſtenz eines ſolchen Bedürfniſſes iſt die Vorausſetzung ihrer Conſtituirung. Daher ſind ſie auch in der Ausübung von ihrem Subject unablösbar, erleiden keine Veräußernng u. ſ. w., kurz ſie bieten dem Berechtigten keinen Ver-

1) Vgl. über dieſe Rechte Savigny, Syſtem Bd. 2. S. 104 ff.

2) Selbſtverſtändlich ſcheiden alle Rechte aus, die nicht Beſtandtheil des Vermögens und darum überhaupt nicht Gegenſtand des Vermögensverkehrs ſind, wie Familienrechte, öffentliche Rechte u. ſ. w. Hierfür iſt dieſer Umſtand, nicht die beſondere Natur des Pfandrechts entſcheidend.

mögenswerth, ſondern lediglich dieſe beſtimmte, concrete Nutzung des fremden Grundſtücks. Ganz anders iſt dies bei dem Uſusfructus. Derſelbe iſt ein reines Vermögensrecht, wenn ich mich dieſes Ausdrucks bedienen darf; er hat ſeinem Inhalt nach keine beſtimmte Aufgabe zu erfüllen, kein beſonderes Bedürfniß zu befriedigen, ſondern ſein Subject genießt durch ihn lediglich den Werth der Nutzungen eines beſtimmten Grundſtücks. Daher iſt er auch weder in ſeinem Umfange, noch in ſeiner Exiſtenz durch den Umfang oder die Exiſtenz irgend eines Bedürfniſſes von Seiten ſeines Subjects bedingt. Er kann daher auch vermiethet, veräußert, verſchenkt werden, und, was für ihn das Charakteriſtiſchſte iſt, in der Entgegennahme des ihm für die Ausübung des Uſusfructus gezahlten Aequivalents fährt der Uſufructuar fort, ſeinen Nießbrauch ſelbſt auszuüben, weil dieſer Preis nur eine andere Form iſt, in der dem Uſufructuar daſſelbe zukommt, was ihm ſonſt durch ſeine eigene Nutznießung zugekommen wäre.

L. 38 D. de usufr. (7,1):

— si vendidero usumfructum, etiamsi emtor non utatur, videor usumfructum retinere (l. 39.) quia, qui pretio fruitur, non minus habere intelligitur, quam qui principali re fruitur.

Vgl. l. 12 §. 2 eod.

Daher die Verpfändbarkeit des Uſusfructus und die Unverpfändbarkeit der übrigen Servituten.[1]) Nur für einen Fall haben die Römer eine Ausnahme gemacht. Der Eigenthümer eines Grundſtücks ſoll eine servitus praedii rustici an ſeinem eigenen Grundſtücke pfandweiſe beſtellen können.[2]) Daß dieſer Rechtsſatz eine Ausnahmeſtellung einnimmt, ergiebt die angezogene Stelle ſelbſt, indem ſie mit den Worten ſchließt:

quae sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est.

Der Grund dieſer Ausnahme liegt, wie leicht erſichtlich iſt, darin, daß die servitutes praed. rust. ſich dem ususfructus in-

1) Vgl. l. 11 D. de pign. (20,1).
2) L. 12 D. eod.

ſofern am meiſten annähern, als ſie ebenfalls überall einen ziemlich gleichmäßigen, von der Individualität der einzelnen Grundſtücke unabhängigen Inhalt haben. Es liegt auch bei ihnen ein verhältnißmäßig objectiv feſtſtehender Umfang von Befugniſſen vor, der in einem gewiſſen Kreiſe, nämlich in dem der benachbarten Grundeigenthümer einen beſtimmten Werth haben kann. Jedenfalls liegt hier eine Ausnahme vor, die nicht weiter ausgedehnt werden darf, zumal da der hier angeführte Grund für die andern Servituten nicht vorhanden iſt.[1])

1) Anders allerdings die gemeine Meinung, vgl. Arndts, Pandekten, §. 367 Note 2. und die daſelbſt cit. Schriftſteller. Aus dem Obigen wird erhellen, daß der in l. 11 §. 3 cit. enthaltene Satz auch nach neuerem Recht nicht ſo inconſequent iſt, wie Arndts meint.

II.

Anwendung des Pfandrechtbegriffs auf Verpfändung von Sachen und Rechten.

1. Das Pfandrecht an einer Sache.

Das Sachenpfandrecht ist die historisch älteste, die im Verkehr gewöhnlichste, die von den römischen Juristen vorzüglich ausgebildete Erscheinungsform des Pfandrechts. Es bedarf darum einer besonderen Beachtung, weil hier die Wurzeln für die Lehre vom Pfandrecht überhaupt liegen.

Das Pfandrecht an der Sache muß nach dem Obigen das mit unmittelbarer Macht über eine Sache ausgestattete Recht auf denjenigen Theil ihres Vermögenswerthes sein, der zur Befriedigung einer dem Pfandberechtigten zustehenden Forderung hinreicht.

Das Sachenpfandrecht ist also:

1) seiner Form nach ein dingliches Recht, denn es giebt seinem Subject ein Recht unmittelbarer Herrschaft über eine Sache. Dies Herrschaftsrecht ist, näher bestimmt, das Recht, die Sache zu besitzen, sie aus der Detention eines Andern in die eigene zu bringen. Die entsprechende Klage ist eine utilis rei vindicatio, actio in rem hypothecaria, eine Klage, die der rei vindicatio des Eigenthümers nachgebildet ist.[1]) Dem ent-

---

1) Vgl. die bei Bücheler, Erört. 2. Aufl. S. 216 Note 3. citirten Stellen.

ſprechend wird denn auch in den Quellen das Pfandrecht nicht blos als obligatio rei, ſondern ohne Weiteres auch als jus in re bezeichnet.[1]) Wie man an der dinglichen Natur des Sachenpfandrechts jemals hat zweifeln, oder dieſelbe in den Hintergrund hat ſchieben können, iſt ſchwer erklärlich. Im Gegentheil führt das Pfandrecht in dem ihm entſpringenden Beſitzrecht ebenſo wie Emphyteuſe und Superficies das praecipuum des Eigenthums mit ſich. Abgeſehen von der actio negatoria iſt nämlich das durch die rei vindicatio geſchützte Beſitzrecht des Eigenthümers die einzige klagbare Befugniß deſſelben. Innerhalb ſeines Beſitzes bewegt er ſich zwar mit freier Willkür; doch ohne daß ſeinen einzelnen Handlungen ein ſpecielles Recht entſpräche. Der Uſufructuar kann allerdings klagend mit der Behauptung auftreten, er habe ein Recht, diejenigen poſitiven Handlungen vorzunehmen, in denen er das uti frui des Grundſtücks ausübt,

vgl. l. un. pr. D. quando dies usufr. (7,3):

— usufructus ex fruendo consistit, id est facto aliquo ejus, qui fruitur et utitur —;

nicht ſo der Eigenthümer. Dies Beſitzrecht, welches demnach faſt ausſchließlich Wehr und Schutz des Eigenthums iſt, ſteht in ganz gleicher Weiſe, jedem Dritten gegenüber, auch dem Pfandgläubiger zu. Derſelbe ſteht darum formell auch in anderer Beziehung völlig wie der Eigenthümer zu der Pfandſache. Wie er die Pfandſache und nicht etwa ſein Pfandrecht vindicirt, ſo beſitzt er auch die Sache und nicht ſein Recht, und wird in dieſem Beſitz ebenſo wie der Eigenthümer durch die gewöhnlichen poſſeſſoriſchen Interdicte geſchützt.

2) Seinem Inhalt nach iſt das Sachenpfandrecht das Recht auf einen beſtimmten Theil des Vermögenswerthes der Sache. Um dieſen Vermögenswerth herzuſtellen, iſt ihm die Sache auf die eben dargeſtellte Weiſe unmittelbar unterworfen. Der einzige Weg zur Herſtellung dieſes Vermögenswerthes der Sache

1) L. 30 D. de noxal. act. (9, 4), l. 19 pr. D. de damn. inf. (39, 2), l. 8 §. 1 C. de praescr. 30 ann. (7, 39). In l. 28 D. de pign. (20, 1) heißt es: jus in pignore.

iſt aber der Verkauf derſelben. Der Inhalt des Pfandrechts äußert ſich darum für das Sachenpfandrecht in dem Recht, die verpfändete Sache zu verkaufen, und aus dem Erlös den Vermögenswerth für ſich zu behalten, auf den ſein Pfandrecht ſich richtet.

Wir finden hier eine Anwendung der ſchon oben gemachten Bemerkung, daß die Macht, die dem Pfandgläubiger zuſteht, über die Zwecke hinausgeht, derentwegen ſie ihm eingeräumt iſt. Sein Pfandrecht richtet ſich principiell nicht auf den ganzen Vermögenswerth der Sache, ſondern nur auf denjenigen Theil, der dem ihm aus der perſönlichen Forderung geſchuldeten Vermögenswerth gleichkommt. Dennoch hat der Gläubiger ſtets das Recht, die ganze Sache zu veräußern. Es hat dies darin ſeinen Grund, daß in dem Verkaufsrecht ſich zugleich die Macht des Pfandberechtigten über die Sache und das Recht auf einen beſtimmten Vermögenswerth äußert. Wenn dieſer Vermögenswerth auch ſeinen beſtimmten Umfang hat, ſo ergreift doch jene Macht über die Sache dieſelbe ganz und ungetheilt. Mag der Schuldner auch ſpäter durch theilweiſe Zahlung oder Befriedigung jenen Vermögenswerth noch mehr verringern; als Recht an der Sache, alſo auch in Betreff des Verkaufsrechts, bleibt das Pfandrecht ſtets in demſelben Umfange beſtehen. Das will der Satz ſagen: pignoris causa est individua. Der „Regulator“[1]), der hier die formellen Machtbefugniſſe des Pfandberechtigten auf die materiell dem Pfandrecht innewohnenden Grenzen zurückführt, iſt die actio pignoratitia directa. Vermöge dieſer Klage wird der Pfandgläubiger gezwungen, den über ſeine Forderung hinausgehenden Theil des für die Sache erhaltenen Vermögenswerthes an den Pfandbeſteller zu reſtituiren.

Aus dem eben Geſagten ergiebt ſich einestheils, daß in dem Verkaufsrecht allerdings der materielle Inhalt des Sachenpfandrechts nicht rein zum Vorſchein kommt, weil jener mit den Mitteln wirkt, die aus der formellen Natur des Pfandrechts fließen, und daß deshalb die Definition, welche das Pfandrecht

1) Dernburg a. a. O. S. 97 Note 2.

lediglich in dies Verkaufsrecht ſetzt, unbefriedigend iſt; andererſeits folgt aber daraus, daß gerade in dem Verkaufsrecht ſich der für das Pfandrecht charakteriſtiſche Inhalt, nämlich ſeine Eigenſchaft als Recht *auf* einen Vermögenswerth, offenbart, mit Nothwendigkeit, daß daſſelbe ihm eigenthümlich und ſeinem *Begriffe* nach beiwohnend iſt. Der letztere Satz iſt namentlich von denjenigen Schriftſtellern beſtritten worden, die das Pfandrecht als obligatio rei definiren, um den von ihnen nach dem Obigen durchaus willkürlich aufgeſtellten Satz zu retten, daß das Pfandrecht, ähnlich dem Forderungsrecht, nur in der actio beſtehe, und namentlich von dem Eigenthum keine Befugniſſe in Betreff der Sache entlehne.[1]) Das Verkaufsrecht ſoll ſich nach ihnen auf ein der Pfandbeſtellung allerdings immer ſtillſchweigend beiwohnendes beſonderes pactum de vendendo gründen. Abgeſehen davon, daß hienach die dingliche Wirkſamkeit des dem Pfandgläubiger zuſtehenden Verkaufsrechts ſchwer erklärlich bleibt, widerſtreitet dieſe Anſicht dem ganzen Entwickelungsgang des Pfandrechts im römiſchen und namentlich im neueren Recht. Aus der Pfandbeſtellung allein ſoll ſchon für den Pfandgläubiger das Verkaufsrecht folgen[2]), ſelbſt das beigefügte pactum de non vendendo vermag daſſelbe nicht aufzuheben[3]); Pfandbeſtellung ſteht immer, ohne Weiteres, der Veräußerung gleich[4]); das Unterſcheidende des Pfandrechts von anderen ähnlichen Verhältniſſen wird in einer Stelle ſogar ausdrücklich in das Verkaufsrecht geſetzt[5]), u. ſ. w. Ueberdies äußert ſich nach meiner Anſicht gerade in dem Verkaufsrecht am ſichtlichſten derjenige Inhalt des Pfandrechts, der daſſelbe den For-

---

1) So *Büchel*, Erört. 2. Aufl. S. 195. 196. *Sintenis*, Pfandrecht, S. 504. Praktiſches Civilrecht, 2. Aufl. S. 605. 606 Note 2. *Bachofen*, Pfandrecht, S. 273. In neueſter Zeit auch *Schmid* a. a. O., S. 94. 95, obgleich er das Pfandrecht für ein jus in re hält.

2) L. 4 D. de pign. act. (13,7).

3) L. 4 cit.

4) L. 10 §. 13. l. 22 D. quae in fraud. cred. (42,8).

5) L. 5 §. 21 D. ut in poss. leg. (36, 4). Vgl. l. 12 D. de pign. (20, 1); und überhaupt die treffende Ausführung *Dernburg's*, S. 84 ff.

derungsrechten in gewiſſem Maße gleichſtellt, und es von den übrigen dinglichen Rechten unterſcheidet.

Faſſen wir jetzt, nachdem wir Form und Inhalt des Sachenpfandrechts bisher geſondert behandelt haben, beide zuſammen, um uns von der Geſammterſcheinung deſſelben ein Bild zu machen.

Das Pfandrecht tritt, wie ſchon bemerkt iſt, gerade in die Mitte zwiſchen die oben behandelten dinglichen und die perſönlichen Rechte. Im Sachenpfandrecht ſehen wir dieſe Eigenthümlichkeit deſſelben am ſchärfſten hervortreten, am genaueſten durchgeführt.

Das Pfandrecht hat hier dingliche Form, verleiht unmittelbare Macht, Herrſchaft; doch entſprechen der formellen Herrſchaft keine materiellen Befugniſſe an der Sache. Das Pfandrecht iſt nur formell ein Recht an der Sache. Es ermangelt eines dieſer Form gleichgearteten Inhalts, Inhalt und Form decken ſich bei dem Pfandrecht nicht. In der Ausübung der factiſchen Herrſchaft, zu der das Pfandrecht berechtigt, in dem Beſitz der Sache, wird daſſelbe nicht, wie Eigenthum, Superficies, Emphyteuſe, total, ſondern nur theilweiſe, formell ausgeübt. Der Beſitz der Pfandſache befriedigt den Inhalt des Pfandrechts noch nicht, weil dieſer Inhalt der Form nicht congruent iſt. Dem Pfandrecht iſt die Sache nicht als ſolche, d. h. in ihrer concreten Individualität, nach ihren natürlichen Eigenſchaften unterworfen: an dem Grundſtück will das Pfandrecht nicht die fruchttragende Erde, an dem Sclaven nicht den zu Allerlei geſchickten Menſchen; dem Pfandrecht iſt die Sache nur Repräſentantin eines abſtracten Vermögenswerthes, auf den es ſich ſeinem Inhalt nach richtet. Daher erwirbt z. B. auch der zu Fauſtpfand gegebene Sclave dem Pfandgläubiger keinen Beſitz, er erwirbt ihm nicht durch Stipulation, nicht durch Tradition,

quamvis possessio penes eum sit.[1])

Demnach kommt das Pfandrecht ſeinem rein dinglichen Inhalt nach in der in rem actio, die ihm entſpringt, völlig zur Erſchei-

1) L. 37 pr. D. de acq. rer. dom. (41, 1).

nung; mit dieſer macht der Pfandgläubiger die negative Befugniß, jeden Dritten von der Sache auszuſchließen, nach außen hin geltend; andere poſitive Befugniſſe materieller Art entſpringen dem Pfandrecht als dinglichem Rechte nicht. So erklärt ſich die l. 27 pr. D. de noxal. act. (9,4):

nullum pignus est, cujus persecutio denegatur.

Dem Pfandrecht ſteht in dieſer Hinſicht gerade der ususfructus, mit dem es in dieſer Stelle verglichen wird, am ſchärfſten gegenüber. Der letztere beſteht rein in poſitiven Befugniſſen, die negative Macht, jeden Dritten von der Sache auszuſchließen, bewegt ſich in den Grenzen jener Befugniſſe, iſt Conſequenz, nicht principieller Inhalt des Rechts.

In der Herrſchaftsbefugniß, die das Pfandrecht hier über die Sache gewährt, birgt ſich als materieller Inhalt und Zweck dieſer Herrſchaft das Recht *auf* den Vermögenswerth dieſer Sache.

So nimmt das Pfandrecht, obgleich in dinglicher Form erſcheinend, materiell an dem Weſen der Forderungsrechte Theil.

Der Form nach befriedigt, denn es hat in der Sache ein Object, das es völlig beherrſcht, beſteht es ſeinem Inhalt nach in der Spannung. Der Form nach dauernder Ausübung fähig, erduldet es dennoch nur eine einmalige Ausübung ſeines vollen Inhalts. Der Verkauf der Pfandſache tilgt das Pfandrecht des Gläubigers. Seinen Zweck theilweiſe ſchon in ſeinem Beſtehen erfüllend, durch den äußeren Druck, den es auf den Willen des Schuldners ausübt, erreicht es denſelben doch vollſtändig erſt in ſeinem Untergang.

Das Pfandrecht iſt alſo nicht um ſeines Beſtehens willen vorhanden, dadurch unterſcheidet es ſich namentlich von den andern dinglichen Rechten; es ſtrebt im Gegentheil, ſeiner Natur nach, ebenſo wie die Forderungsrechte, nach ſeinem Untergang, iſt Mittel, nicht Zweck. Andererſeits ſetzt es ſich namentlich dadurch in Gegenſatz gegen die Forderungsrechte, daß es nicht etwa in einem andern *Subject* eine Verpflichtung erzeugt (die Sache mit *Büchel* als persona obligata gedacht), ſondern in unmittelbarer Machterweiterung beſteht. Das berechtigte Subject er-

wartet nicht etwa die Handlung eines Andern, damit ihm hiedurch der geſchuldete Vermögenswerth zugeführt werde; im Gegentheil, gerade weil ihm eine Sache, ein willenloſes Object gegenüberſteht, iſt ſein eigner Wille der allein herrſchende und beſtimmende. Nur auf ſeinen eigenen Willensentſchluß, auf ſeine eigene Handlung kommt es an, falls die Zeit der Geltendmachung ſeines Pfandrechts gekommen iſt, ſich den Vermögenswerth, auf den ſein Wille gerichtet iſt, ſelbſt zu verſchaffen. Um dieſes Vortheils willen allein hat er ſich das Pfandrecht an der Sache beſtellen laſſen, und dieſen Vortheil ihm zu gewähren, iſt daſſelbe lediglich dadurch im Stande, daß es eine von den Forderungsrechten verſchiedene, daß es eine dingliche Form hat, alſo nicht als bloße obligatio erſcheint.

So möchte ſich der eigenthümliche in dem Weſen des Pfandrechts, namentlich des Sachenpfandrechts, liegende Widerſpruch löſen, demzufolge daſſelbe zu gleicher Zeit zwei ſo äußerſt verſchiedenen Klaſſen von Rechten anzugehören ſcheint, wie dies die dinglichen und perſönlichen Rechte ſind — ein Dualismus in ſeinem Weſen, den die Römer nur wiedergeben, nicht erklären, wenn ſie das Sachenpfandrecht eine obligatio rei nennen.

2. Das Pfandrecht an Rechten.

Die Schwierigkeit, „wie das Pfandrecht an einer unkörperlichen Gerechtſame ins Leben gerufen werden könne, da doch ſonſt dingliche Rechte nur an körperlichen Sachen möglich ſind“[1]), wird uns nach dem Obigen nicht mehr entgegentreten. Sachen und Rechte ſind in gleicher Weiſe als Objecte von Vermögenswerth auch fähig, Objecte des Pfandrechts zu ſein. Daß das Sachenpfandrecht als dingliches Recht erſcheint, iſt lediglich eine Conſequenz davon, daß ihm hier eine Sache unterliegt. Eine andere Form des dem Pfandrecht unterliegenden Gegenſtandes wird eine andere Form, eine andere Art der Wirkſamkeit des Pfandrechts bedingen. Seiner Natur nach bleibt das Pfandrecht

1) Dernburg S. 485.

hier daſſelbe wie dort. Daraus folgt, daß die materiellen, von der beſonderen Form des Sachenpfandrechts unabhängigen Principien, wie wir dieſelben eben entwickelt haben, unmittelbar auch auf das Pfandrecht an Rechten anwendbar ſind, ein wichtiger Satz, weil die Quellen, ſo reich an Beſtimmungen über das Sachenpfandrecht, ebenſo lückenhaft über die ſo wichtige Lehre von dem Pfandrecht an Rechten ſind.

Die Sache wird von dem Eigenthümer verpfändet, das Recht von dem, dem es zuſteht, oder kurz: Sache und Recht werden von dem verpfändet, in deſſen Vermögen ſie ſtehen, cujus in bonis res, ususfructus etc. est, wie es in der Formel der actio hypothecaria heißt.[1])

Dem Sachenpfandgläubiger iſt die Sache, ebenſo hier dem Pfandberechtigten das verpfändete Recht ſeiner Totalität nach unterworfen. Die Macht über eine Sache äußert ſich in dem Beſitz derſelben, die über ein Recht in ſeiner Ausübung. Wie dort das Recht die Sache zu beſitzen, muß hier das Recht der Ausübung des verpfändeten Rechts in dem Pfandrecht enthalten ſein; das verpfändete Recht ſteht ſeinem geſammten Inhalt nach dem Willen des Pfandgläubigers zu Gebote. Wie dort mit der Herrſchaft über die Sache, macht hier mit der Herrſchaft über den Inhalt des Rechts das Pfandrecht ſich nach außen geltend. Daher tritt neben die in rem actio des Sachenpfandgläubigers die utilis confessoria deſſen, dem eine Servitut, die utilis in personam actio deſſen, dem eine Forderung verpfändet iſt, u. ſ. w. Doch iſt, wie dort die dingliche Herrſchaftsbefugniß, hier das Recht der Ausübung des verpfändeten Rechts nur die Form, in der das Pfandrecht nach außen wirkt; überall birgt ſich, dort wie hier, in dem Recht an dem verpfändeten Object, in der Macht über dieſes, das Recht auf den Vermögenswerth deſſelben, das nach der Natur des verpfändeten Rechts verſchieden ſich äußern wird.

Nur ein Satz iſt an dieſer Stelle noch hervorzuheben, der, obgleich an ſich einfach und nothwendig genug, dennoch nicht ſel-

1) Vgl. Keller, röm. Civilproceß, 3. Aufl. S. 130.

ten überſehen wird. Wie die verpfändete Sache in dem Vermögen des Eigenthümers, muß auch das verpfändete Recht in dem Vermögen des Verpfänders bleiben.

Ginge das verpfändete Recht in das Vermögen des Pfandgläubigers über, ſo würde dieſer eben kein Pfandrecht *an* dieſem Recht, ſondern das betreffende Recht, alſo z. B. Servitutrecht oder Forderungsrecht *ſelbſt* haben. Gerade hier zeigt ſich am unmittelbarſten die Unrichtigkeit der oben angeführten *Schmid*ſchen Succeſſionstheorie. Ein Näheres über dieſen Punkt werden wir dort vorbringen, wo derſelbe für das von uns zu behandelnde Thema unmittelbar wichtig wird.

Wir gehen zu der Geſtaltung des Pfandrechts bei der Verpfändung der einzelnen verſchiedenen Rechte über, eine Ausführung, die nothwendig iſt, um die eben aufgeſtellten Sätze zu beweiſen. Wir heben namentlich Servituten, Emphyteuſe, Superficies und Forderungsrechte hervor.

Unter den *Servituten* iſt als ſchon conſtituirtes Servitutrecht, alſo von dem Servitutberechtigten ſelbſt, nur eine verpfändbar, der ususfructus, aus Gründen die ſchon oben ihre Ausführung gefunden haben.

Die Anwendung der eben aufgeſtellten Sätze iſt hier einfach. Der Pfandgläubiger hat *in Folge ſeines Pfandrechts* entweder ſofort, wenn der Uſusfructus zu Fauſtpfand, oder zur Zeit der Geltendmachung ſeines Pfandrechts, wenn derſelbe in Hypothek gegeben iſt, das dingliche Recht der Ausübung des Uſusfructs. Er wird durch exceptio und actio utilis confessoria für die Dauer dieſes Pfandrechts jedem Dritten gegenüber geſchützt, ebenſo wie der emtor ususfructus.[1])

Unſerer Auffaſſung, welche dies dem Pfandgläubiger zuſtehende jus utendi fruendi aus der ihm vermöge ſeines Pfandrechts unmittelbar über den verpfändeten Uſusfruct zuſtehenden Macht herleitet, wird hier noch insbeſondere der oben ſchon im Allgemeinen reprobirte Einwand, daß das Pfandrecht ein dingliches Recht, die Servitut aber keine körperliche Sache ſei, ent-

1) L. 11 §. 2 D. de pign. (20, 1).

gegengesetzt. „Nur direct an den Objecten der Außenwelt" hätte den Römern ein dingliches Herrschaftsrecht möglich geschienen; „daher die Regel: servitus servitutis esse non potest."[1])

Auch gegen den letzten Einwand müssen wir unsere Theorie, welche die Basis unserer ganzen Arbeit bildet, vertheidigen.

Der Satz, auf dessen Analogie Dernburg sich beruft: servitus servitutis esse non potest, sagt nicht: eine Servitut an einer Servitut ist unmöglich, weil ein jus in re zu seinem Gegenstand eine Sache erfordert; vielmehr geht sein Inhalt, wie die betreffenden Quellenstellen[2]) beweisen, dahin: obgleich Ususfruct und Usus in ihrer Gestalt als quasi ususfructus oder quasi usus nicht mehr an eine bestimmte Form ihres Objects gebunden sind, also bestehen können, ohne formell jura in re aliena zu sein, so kann doch ein ususfructus itineris, viae, actus etc. nicht bestellt werden, quia servitus servitutis esse non potest.

Dieser Gedankenzusammenhang ergiebt sich am klarsten aus der l. 1 cit., wo es heißt:

> Nec usus nec ususfructus itineris, actus, viae, aquaeductus legari potest, quia servitus servitutis esse non potest; nec erit utile ex Senatusconsulto, quo cavetur, ut omnium, quae in bonis sint, ususfructus legari possit, quia id neque ex bonis neque extra bona sit — —

Also: servitus servitutis esse non potest, obgleich nach dem Senatusconsult an allen Vermögensstücken, Sachen wie Rechten, ein Ususfructus constituirt werden kann. Jener Satz findet also nicht in der Form der Servituten, als „unkörperlicher Gerechtsame" seinen Grund, denn dem Quasiususfructus ist die Form seines Objects gleichgültig, sondern anderswo. Der römische Jurist selbst giebt allerdings nur den äußerlichen Grund, daß das Senatusconsult seinem Wortlaut nach nicht zutreffe, weil der Eigenthümer selbst kein jus eundi u. s. w. am eigenen Grund-

1) Dernburg S. 487.

2) L. 1 D. de usu et usufr. (33, 2) und l. 33 §. 1 D. de S. P. R. (8, 3).

ſtück, alſo das betreffende Servitutrecht nicht im Vermögen hat (non ex bonis est), obgleich er allerdings andererſeits doch ſelbſt gehen, fahren u. ſ. w. kann (neque extra bona est). Unſerer Anſicht nach findet jener Rechtsſatz ſeinen Grund in dem Princip des

Fragm. Sexti Pomponii:[1])

— (servitutum) usus ita connexus est, ut, qui eam partiatur, naturam ejus corrumpat.

Namentlich die Prädialſervituten, zur Befriedigung beſtimmter Bedürfniſſe beſtimmt, vermögen ihren Zweck nur ganz oder gar nicht zu erreichen. Eine Beſchränkung ihres Inhalts ohne Aufhebung ihrer ſelbſt iſt unmöglich.

Uns genügt es, hier hervorzuheben, daß der Satz Dernburg's: nur direct an den Objecten der Außenwelt hätte den Römern ein dingliches Herrſchaftsrecht möglich geſchienen, durch den Satz: servitus servitutis esse non potest nicht bewieſen wird.

Für unſere Anſicht ſpricht dagegen unmittelbar die Stellung der Frage, welche in der l. 11 §. 2 D. de pign. (20, 1) bejaht wird:

Ususfructus an possit pignori hypothecaeve dari, quaesitum est.

Es kann alſo pignus und hypotheca an einem Uſusfruct beſtellt werden, alſo ein wirkliches Pfandrecht mit allen ſeinen Eigenthümlichkeiten, nicht blos ein juriſtiſch verſchiedenes, nur praktiſch denſelben Zweck verfolgendes Verhältniß hergeſtellt werden.

Auch das poſitive Reſultat, das Dernburg a. a. O. giebt, kann uns nicht bewegen, ſeiner Anſicht beizutreten. Er ſagt: „wie der Forderungspfandgläubiger wurde der Creditor, welchem die Servitut verpfändet iſt, an die Stelle des Berechtigten geſetzt, ſo jedoch, daß alle ſeine Befugniſſe der Tilgung der Forderung beſtimmt ſind.“

Daß der Creditor materiell, praktiſch die Stelle des Uſu-

1) Corpus Juris Romani Antejustiniani, Bonnae. S. 169. 170.

fructuars einnimmt, ſehen wir allerdings deutlich genug. Die Quellen geben ihm ja für die Dauer ſeines Fauſtpfandrechts das dinglich geſchützte Recht der Ausübung des Uſusfructs. Aber darauf kommt es m. E. gerade an, dieſe Erſcheinung aus dem Weſen des Pfandrechts, oder ſonſt irgendwie, juriſtiſch zu begründen, zu erklären. Wir finden dieſe Erklärung darin, daß das jus utendi fruendi des Nießbrauchspfandgläubigers der Ausdruck der ſeinem Pfandrecht entſpringenden unmittelbaren Herrſchaft über den Inhalt des verpfändeten Rechts iſt, ohne daß dies darum dem Recht oder der Ausübung nach in das Vermögen des Pfandgläubigers übergegangen wäre.

Doch iſt dies jus utendi fruendi nur die Form, in der das Pfandrecht ſich äußert, und dadurch unterſcheidet es ſich namentlich von dem jus utendi fruendi, welches in dem jus ususfructus enthalten iſt. Hier iſt dieſe Befugniß Zweck, dort iſt ſie Mittel; hier iſt der Wille des berechtigten Subjects durch die dem Uſusfruct entſpringenden Befugniſſe befriedigt, dort äußert ſich in denſelben nur die Macht, die dem berechtigten Subject zuſteht, um ſich ſelbſt erſt Befriedigung zu verſchaffen. Kurz, der dem Pfandrecht eigenthümliche Antagonismus zwiſchen Form und Inhalt tritt, wie überall, ſo auch hier zu Tage.

Das Pfandrecht iſt ſeinem Inhalt nach nämlich auch hier das Recht auf den Vermögenswerth ſeines Objects. Wir haben oben geſehen, daß dieſe Seite des dem Pfandrecht innewohnenden Inhalts die Verpfändung anderer Servituten, außer dem Uſusfructus, ausſchließt.

Ueber den Vermögenswerth, den der Uſusfructus enthält, disponirt der Uſufructuar durch die Verpfändung deſſelben; auch dieſe Verpfändung erſcheint demnach als Ausübung des Uſusfructs. Von dieſem Geſichtspunkt aus erklärt ſich der uns in zwei Stellen des Corpus juris[1]) aufbewahrte Ausſpruch des Javolenus:

Fructus rei est, vel pignori dare licere.

Wir haben ferner oben geſehen, daß bei Verpfändung von Sa-

1) L. 49 D. de usur. (22, 1) und l. 72 D. de R. J. (50, 17).

chen das Recht auf den Vermögenswerth des verpfändeten Objects nur durch Verkauf desſelben befriedigt werden kann, und ſich darum in dem Verkaufsrecht äußert. Bei der Verpfändung des ususfructus macht ſich dies etwas anders. Er ſelbſt producirt nämlich ſeinen Vermögenswerth in den Früchten, die er in das Vermögen des Uſufructuars oder des dinglich am ususfructus Berechtigten überträgt. Steht der Gläubiger in der Ausübung des ususfructus, ſo fallen ihm durch Perception die Früchte zu.[1]) Schon in der dauernden Ausübung der dem Pfandrecht als Recht a n dem ususfructus entſpringenden Befugniſſe vermag ſich hier alſo das Recht des Gläubigers a u f den Vermögenswerth des verpfändeten Objects zu befriedigen. Doch producirt der ususfructus in einer gewiſſen Zeit ſeiner Ausübung in den Früchten, die er in das Vermögen des Nießnutzenden überträgt, nicht ſeinen vollen Vermögenswerth, ſondern eben nur ſeinen Vermögenswerth für dieſe Zeit ſeiner Dauer. Es iſt darum zufällig, wenn ſich ſchon dieſer Theil ſeines Vermögenswerthes mit dem Vermögenswerth deckt, auf den ſich das Pfandrecht des Gläubigers richtet. Um den vollen Vermögenswerth des ususfructus herzuſtellen, hat dieſer darum, ſo lange ſein Pfandrecht dauert, das Recht der Veräußerung des Uſusfructs. Der Käufer tritt dann völlig ſo in den Nießbrauch ein, wie wenn der Uſufructuar ſelbſt an ihn veräußert hätte.

Wie den Inhalt einer beſtehenden, kann das Pfandrecht auch den Inhalt einer formell noch nicht begründeten Servitut ſich unterwerfen.[2]) Als Verpfänder erſcheint der Eigenthümer der Sache, welche durch die verpfändete Servitut belaſtet werden ſoll. Object des Pfandrechts iſt hier die Summe von Befugniſſen, welche den Inhalt der betreffenden Servitut ausmachen; das Eigenthümliche unſeres Falles iſt nur, daß dieſe Befugniſſe hier noch nicht wie bei der Verpfändung einer beſtehenden Servitut äußerlich in ein Recht zuſammengefaßt erſcheinen, ſondern

1) Vgl. D e r n b u r g S. 487. And. Anſ. L a n g im civ. Archiv Bd. 29. S. 310. Für unſere Anſicht ſpricht die Gleichſtellung des creditor mit dem emtor ususfructus in l. 11 §. 2 D. de pign. (20, 1).

2) L. 11 §. 2. 3. l. 12. 15 pr. D. de pign. (20, 1).

als Ausfluß eines andern Rechts beſtehen. Auf dieſe Weiſe verpfändbar iſt der Uſusfructus und die servitutes praediorum rusticorum. Die Verpfändung der letzteren iſt von Seiten des Eigenthümers möglich, obgleich der Servitutberechtigte ſelbſt ſie nicht verpfänden kann, weil die in der Servitut enthaltenen Befugniſſe dort noch nicht an ein beſtimmtes Grundſtück gebunden, noch nicht beſtimmten Bedürfniſſen dienſtbar gemacht ſind. Dagegen ſind aus oben angeführten Gründen die servitutes praediorum urbanorum auch hier von jeder Verpfändung ausgeſchloſſen.[1])

Das Pfandrecht nimmt auch hier den Inhalt der ihm unterworfenen Servitut in ſich auf. Der Pfandgläubiger hat das jus utendi fruendi, eundi, agendi u. ſ. w., aber nicht als Servitutberechtigter, ſondern nur in Folge des ihm zuſtehenden Pfandrechts, alſo auch nur auf die Dauer deſſelben. Als ihm eigenthümlicher Inhalt erſcheint auch hier das Recht auf den Vermögenswerth der Servitut. Der Pfandgläubiger hat das Recht, die Servitut kaufsweiſe einem Andern zu beſtellen; in dem Kaufpreiſe ſtellt ſich der Vermögenswerth der ihm verpfändeten Befugniſſe dar. Formell ſchließen ſich dieſe zu einer Servitut erſt bei dem Käufer zuſammen. Dieſer hat dieſelbe dann gerade ebenſo, wie wenn ſie ihm von dem Eigenthümer der Sache beſtellt wäre.

Auch Emphyteuſe und Superficies ſind nach dem ausdrücklichen Zeugniß der Quellen[2]) verpfändbar.

Streitig iſt, ob hier das emphyteutikariſche, reſp. ſuperficiariſche Recht, oder die Sache ſelbſt Object des Pfandrechts ſei.[3]) Der Punkt bedarf einer näheren Beſprechung,

---

1) L. 11 §. 3 cit. — Jo. Schneidewinus, commentarius in quatuor Institutionum Justiniani libros, Argent. 1599, meint S. 488 nr. 13, wie der Originalität halber hier angeführt werden mag, die servitutes praediorum urb. könnten nicht verpfändet werden, nam mutatione illarum deformaretur aspectus urbis.

2) L. 16 §. 2 D. de pign. act. (13, 7.) l. 31 D. de pign. (20, 1.)

3) Für die erſte Anſicht Hepp, Archiv Bd. 15. S. 80—82; für die andere Büchel, Erörterungen I. S. 414 ff. S. 435. 436. Dernburg I. S. 218 ff.

weil uns eine ähnliche Meinungsdifferenz auch bei der Lehre vom Afterpfandrecht vorkommen wird.

Aus dem allgemeinen Grundsatze, daß man nur verpfänden kann, was man im Eigenthum, im Vermögen hat, folgt mit Nothwendigkeit, daß Emphyteuta und Superficiar nur ihr Recht, nicht die Sache verpfänden können, denn nur jenes, nicht diese haben sie im Vermögen.[1]) Die ältere Theorie läugnete diesen Satz, indem sie für Emphyteuta und Superficiar gleichermaßen wie für den publicianischen Besitzer ein utile dominium statuirte und von hier aus zu dem Schlusse kam, daß jene beiden, ebenso wie dieser, die Sache selbst verpfändeten.[2]) Mit dieser Theorie muß auch die Consequenz fallen. Emphyteuta und Superficiar stehen gerade dadurch zu dem publicianischen Besitzer im Gegensatze, daß dieser gar kein jus in re, überhaupt kein absolutes Recht an der Sache, sondern nur eine relativ wirksame actio in rem hat, die dem prätorisch geschützten Rechtsverhältniß entspringt, in welchem er zu der Sache steht, während jene an der fremden Sache dinglich berechtigt sind. Daraus erhellt die Unrichtigkeit des Gesichtspunktes, aus welchem noch Dernburg a. a. O. Emphyteuta und Superficiar mit dem publicianischen Besitzer zusammenstellt. Dieser kann und will nur die Sache verpfänden, jene haben ein Recht an der Sache im Vermögen, über welches sie verpfändend disponiren können. Dort erhält der Pfandgläubiger nur denselben relativen Schutz, der seinem Verpfänder zukam[3]), eben weil das verpfändete Object nur in bonis, nicht im Eigenthum des Verpfänders stand; hier ist der Schutz des Pfandgläubigers ein absoluter,

l. 13 §. 3 D. de pign. (20, 1):

— legitime consistere creditor potest adversus quemlibet possessorem —

1) Arg. l. 71 §. 5. 6 D. de legat. I. l. 15 §. 26 D. de damn. inf. (39, 2.)

2) So die Glossatoren und deren Nachfolger; später Donell, Balduin, Regusantius, Mudäus, Gmelin.

3) L. 18 D. de pign. (20, 1.)

denn dieſe Verpfändung iſt eine vollgültige, einzig deshalb, weil der Emphyteuta und Superficiar nicht die Sache, ſondern ihr völlig in ihrem Vermögen ſtehendes Recht verpfänden.

Gegen die Conſequenzen des Satzes, daß man nur verpfänden kann, was man im Vermögen hat, ſind von den Gegnern unſerer Anſicht mehrere, aber ſämmtlich ungenügende Gründe angeführt.

Büchel und Dernburg berufen ſich beide auf den Sprachgebrauch der Quellen, welche allerdings die Verpfändung von Emphyteuſe und Superficies als Verpfändung des betreffenden Grundſtücks bezeichnen.[1]) Mit dieſem Grunde iſt nichts bewieſen, weil der angeführte Sprachgebrauch auf die verſchiedenſte Weiſe begründet werden kann[2]); unſere Begründung deſſelben wird ſpäter erfolgen.

Dernburg beruft ſich weiter insbeſondere darauf, daß Emphyteuta und Superficiar doch auf den fundus ſelbſt für die Dauer ihres Rechts Servituten legen können; ebenſo gut müßten ſie auch den fundus ſelbſt verpfänden können.

Wie wenig ſtringent dieſe Beweisführung iſt, erhellt ſchon daraus, daß nur über den fundus, nicht über das emphyteutikariſche oder ſuperficiariſche Recht gegangen, gefahren werden kann, daß nur der fundus, nicht das betreffende Recht Früchte trägt u. ſ. w.; kurz: Servituten, namentlich servitutes praediorum, ſind ihrer Natur nach nur am fundus, nicht an dem Rechte beſtellbar. Im Gegentheil iſt das emphyteutikariſche Recht ebenſo ein Gegenſtand von Vermögenswerth, wie der fundus ſelbſt, alſo an ſich jenes ebenſo wie dieſes fähig, Gegenſtand eines Pfandrechts zu ſein. Demnach konnte wohl das Bedürfniß entſtehen, dem Emphyteuta gegen die Conſequenz des ſtrengen Rechts die Befugniß der Servitutenbeſtellung am fundus zu verleihen; nicht ſo auch ein Bedürfniß, ihm die Verpfändung des fundus ſelbſt zu geſtatten.

Es zeigt aber weiter auch eine genauere Betrachtung die

1) Vgl. die S. 33 Note 2. citirten Stellen.
2) Vgl. Hepp a. a. O.

durchaus verſchiedene Weiſe und Wirkung der Dispoſition, die der Emphyteuta durch Servitutenbeſtellung und derjenigen, die er durch Verpfändung vornimmt. Nur um einem Bedürfniſſe zu genügen, hat der Prätor dem Emphyteuta das ihm an ſich nicht zuſtändige Recht gegeben, Servituten am fundus zu beſtellen. Daher können die römiſchen Juriſten auch überall, wo ſie von ſolchen von Emphyteuta oder Superficiar beſtellten Servituten reden, nicht genug hervorheben, daß dieſelben non jure, non ipso jure constitutae ſeien[1]), daß der beſtellte ususfructus oder usus nur quasi ein ususfructus oder usus ſei, d. h. ein dem wirklichen Uſusfructus nur ähnliches Verhältniß[2]), daß dieſe Servituten nur tuitione Praetoris, Praetorio jure beſtänden.[3]) Es hat dies aber darin ſeinen Grund, daß die betreffende Befugniß gegen die Conſequenzen des Rechts läuft. Ein Ausdruck der in derſelben liegenden Anomalie iſt denn auch, daß ſolche Servituten, obgleich an ſich dinglicher Art, nur dem Emphyteuta, nicht dem dominus gegenüber wirken, und darum mit Untergang der Emphyteuſe vernichtet werden.

Dagegen iſt in den Quellen keine Spur davon zu finden, daß in der Verpfändung, die Superficiar und Emphyteuta vornehmen, ebenfalls eigentlich ein Ueberſchreiten ihres Rechts liege, daß demnach das von ihnen beſtellte Pfandrecht auch eigentlich kein wirkliches Pfandrecht, ſondern nur ein äußerlich ähnliches Verhältniß ſei. Im Gegentheil heißt es:

l. 13 §. 3 cit.:

legitime consistere creditor potest —

l. 31 D. de pign. (20, 1):

recte fundus pignori datus est —

ein Unterſchied, der ſich nur daraus erklärt, daß hier Emphyteuta und Superficiar völlig in den Grenzen ihres Rechts bleiben, daß ſie nur über einen ihren Dispoſitionen unterwor-

1) L. 1 pr. D. quib. mod. usufr. (7, 4.) l. 1 §. 9 D. de superfic. (43, 18.)

2) L. 1 §. 6 D. eod.

3) L. 1 pr. l. 1 §. 9 citt.

fenen Gegenſtand, alſo über ihr Recht, nicht über die ihnen fremde Sache durch Verpfändung disponiren.

Künſtlich genug iſt der Grund, den Büchel a. a. O. für ſeine Anſicht vorbringt. Er ſagt, Gegenſtand des emphyteutikariſchen und ſuperficiariſchen Rechts ſei nicht das emphyteutikariſche und ſuperficiariſche Recht ſelbſt, ſondern die Sache; darum werde nicht jenes, ſondern dieſe verpfändet. Im Gegentheil beſtände das Object eines Servitutrechts in jure, in den vom Eigenthum abgelöſten Befugniſſen, darum werde hier das jus, nicht ein corpus verpfändet. Dagegen iſt zu bemerken, daß das Servitutrecht ebenſowenig wie das Recht des Emphyteuta und Superficiars, daß überhaupt kein Recht ſich ſelbſt oder ſeinen Inhalt zum Gegenſtande hat. Gegenſtand eines Rechts iſt dasjenige Object, über welches der berechtigte Wille vermöge des Inhalts des ihm zuſtändigen Rechts zu disponiren vermag, dasjenige Object, welches als Gegenſtand der Aeußerung des berechtigten Willens erſcheint. Der Servitutberechtigte wirkt, falls er ſein Recht ausübt, nicht auf die ihm zuſtehenden Befugniſſe, ſondern auf die ihm unterworfene Sache ein; Object des Servitutrechts iſt ebenſowohl wie bei Emphyteuſe und Superficies die Sache ſelbſt, nur dort in anderer Weiſe als hier. Von dieſem Geſichtspunkte iſt zu einem Unterſchiede zwiſchen der vom Emphyteuta und Superficiar und der vom Servitutberechtigten vorgenommenen Verpfändung durchaus nicht zu gelangen.

So wird denn auch ferner von unſeren Gegnern ſelbſt zugeſtanden, daß der Pfandgläubiger nur das emphyteutikariſche, reſp. ſuperficiariſche Recht, nicht die Sache ſelbſt zu veräußern vermag, daß er alſo nur das Recht auf den Vermögenswerth dieſes Rechts, nicht auf den der Sache hat. Wie man dieſen Satz damit vereinigen kann, daß dennoch dieſe Sache und nicht jenes Recht Object des Pfandrechts ſei, iſt ſchwer zu erſehen. Der „oberſte Grundſatz", den Dernburg S. 221 dafür anführt, „daß die Rechte des Grundherrn durch die dinglichen Dispoſitionen des Vectigalbeſitzers niemals geſchmälert werden können", möchte vielmehr dafür

ſtreiten, daß Emphyteuta und Superficiar überhaupt die Sache ſelbſt nicht verpfänden können.

Unſere Anſicht wird denn auch dadurch unmittelbar unterſtützt und bewieſen, daß nach den Quellen das Recht des Pfandgläubigers ſich hier völlig in den Grenzen des emphyteutikariſchen und ſuperficiariſchen Rechts bewegt[1]), daß die vom Eigenthümer vorgenommene Privation, alſo Untergang des emphyteutikariſchen Rechts, das Pfandrecht ebenfalls vernichtet[2]), daß endlich, und das iſt das ſchlagendſte Argument, die utilis in rem actio, alſo die Conſtituirung des dinglichen Rechts für den Superficiar, Grundlage und Fundament ſeines Rechts zu verpfänden iſt,

l. 16 §. 2 D. de pign. act. (13, 7):

Etiam vectigale praedium pignori dari potest; sed et superficiarium, quia hodie utiles actiones superficiariis dantur.

Gegen alle dieſe Argumente ſich dadurch zu ſchützen, daß Emphyteuta und Superficiar den fundus „in den Grenzen ihres Rechts" verpfänden, iſt unklare Halbheit. Die Verpfändung einer Sache hat beſtimmte Wirkungen; ebenſo die Verpfändung eines Rechts; wie die Verpfändung einer Sache in den Grenzen eines Rechts wirke, welcher Art ein ſolches Rechtsgeſchäft überhaupt ſei, iſt nirgendsher zu erſehen.

Der einzige praktiſche Grund, um deſſentwillen man von gegneriſcher Seite alle dieſe Inconſequenzen feſthält, liegt allein in der Abſicht, das Pfandrecht des Gläubigers für den Fall zu erhalten, daß der Eigenthümer die Emphyteuſe durch Kauf oder Erbgang erwirbt. Der Untergang des Pfandrechts erſcheine als eine „unbillige Conſequenz" der Theorie, daß Emphyteuta und Superficiar das Recht und nicht die Sache verpfänden.[3])

Mit demſelben Argument aber könnte man auch dem, dem ein ususfructus verpfändet worden iſt, ein Pfandrecht an der Sache ſelbſt vindiciren, denn auch der Uſufructuar kann den

1) L. 17 D. de pign. act. (13, 7.)
2) L. 31 D. de pign. (20, 1.)
3) Dernburg S. 221.

usufructus noch nach der Verpfändung beliebig, also auch an den dominus, veräußern. Im letzten Falle wird das Pfandrecht untergehen, nach dem allgemeinen Grundsatz,

l. 8 pr. D. quib. mod. pign. (20, 6):

Sicut re corporali extincta, ita et usufructu extincto pignus hypothecave perit.

Es ist juristische Nothwendigkeit, daß mit Untergang des Objects des Pfandrechts das Pfandrecht selbst untergeht; die Art des Unterganges ist gleichgültig. Ebenso wenig wie hier können uns bei Emphyteuse und Superficies Billigkeitsgründe bestimmen, von der Consequenz des Rechts abzugehen, oder gar allein auf diesen Grund eine andere juristische Auffassung der Sache zu gründen.

Daß die Römer die allein von unserm Standpunkt aus sich ergebende Consequenz wirklich gezogen haben, zeigt überdies die l. 31 D. de pign. (20, 1) aufs Deutlichste. Nach dieser Stelle vernichtet die von dem dominus vorgenommene Privation des emphyteutikarischen Grundstücks das an der Emphyteuse bestellte Pfandrecht, offenbar einzig deshalb, weil dasselbe mit dem Recht des Emphyteuta sein Object verliert. Die Wirkung einer Resolutivbedingung, die man vielleicht in der Stelle suchen möchte[1]), nach den Worten:

Lex vectigali fundo dicta erat, ut, *si* post certum temporis vectigal solutum non esset, is fundus ad dominum redeat —

liegt dennoch nicht vor, wie sich aus dem Schluß der Stelle ergiebt. Hier wird nämlich der Untergang der Emphyteuse und damit des bestellten Pfandrechts erst noch von der Bedingung abhängig gemacht,

si, ut proponeretur, vectigali non soluto, *jure suo* dominus usus esset.

Jene Bestimmung sollte also nicht den Zweck haben, durch die Kraft einer in derselben enthaltenen Resolutivbedingung das bestellte emphyteutikarische Recht ipso jure aufzulösen, sondern

1) So thut dies z. B. Gmelin l. cit. S. 14.

nur Ausdruck eines für den dominus unter dieſer Bedingung entſpringenden Privationsrechts ſein. Eine ſolche lex war, namentlich vor der Ausbildung der Emphyteuſe zu einem beſonderen Rechtsinſtitut, mit einem jeden emphyteutikariſchen Vertrage verbunden[1]) und noch Juſtinian bezeugt in der l. 2 C. de jure emphyt. (4, 66), daß zu ſeiner Zeit

> de rejectione ejus, qui emphyteusin susceperit, si solitam pensionem vel publicarum functionum apochas non praestiterit,

paciscirt ſei.

Weshalb aber der Untergang der Emphyteuſe durch Privation eine andere Wirkung haben ſolle als der durch Kauf oder Ererbung von Seiten des Eigenthümers, iſt durchaus nicht zu erſehen. Dernburg beruft ſich darauf, daß dort eine bereits früher begründete Befugniß des Grundherrn vorliege, welche „durch nachfolgende willkürliche oder zufällige Veränderungen in der Lage der Sache nicht leiden dürfe." Dieſer Grund iſt nicht blos ein unjuriſtiſcher, ſondern auch ein an ſich unzutreffender. Einerſeits entſteht auch das Privationsrecht erſt in dem Moment, in welchem der Kanon die geſetzliche Zeit hindurch nicht gezahlt iſt, und andererſeits iſt auch das Erbrecht z. B. regelmäßig ebenſo wie das Privationsrecht in abstracto durch Verwandtſchaft oder Teſtament ſchon früher, vielleicht lange vor der Verpfändung begründet. Im Gegentheil iſt von der gegneriſchen Anſicht aus überhaupt kein Grund zu finden, der den in der l. 31 cit. enthaltenen Rechtsſatz rechtfertige; während er von unſerer Anſicht aus als nothwendige Conſequenz erſcheint.

Ich gelange von dieſen Betrachtungen aus zu dem Reſultat, daß Emphyteuta und Superficiar ihr Recht und nicht die Sache verpfänden. Daß ſich auch von dieſem Geſichtspunkt aus die ganze Lehre juriſtiſch begründen läßt, ſoll das Folgende zeigen.

Das Pfandrecht an dem emphyteutikariſchen oder ſuperficiariſchen Recht unterwirft daſſelbe unmittelbar ſeinem vollen In-

---

1) Vgl. Gajus III. §. 145. l. 1 pr. D. si ager vectig. (6, 3.)

halt nach dem Willen des Pfandberechtigten. Dieſelben Befugniſſe, wie dem Emphyteuta und Superficiar, ſtehen alſo, mit Ausſchluß jedes Dritten[1]), dem Pfandgläubiger zu, ſobald er berechtigt iſt, ſein Pfandrecht auszuüben. Es erwächſt ihm alſo namentlich ein Recht, die Sache, welche Gegenſtand des emphyteutikariſchen oder ſuperficiariſchen Rechts iſt, zu beſitzen, ein Recht, welches er mit der ihm utiliter zuſtehenden utilis rei vindicatio ſeines Verpfänders geltend macht. Dem Pfandrecht an Emphyteuſe und Superficies entſpringt alſo in Folge der eigenthümlichen Natur dieſer Rechte ebenſo wie der Verpfändung einer Sache eine utilis rei vindicatio, eine Klage, vermöge welcher er den Beſitz der Sache unmittelbar für ſich in Anſpruch nimmt. Nur der theoretiſche Grund iſt hier ein anderer wie dort. Das Pfandrecht an der körperlichen Sache trägt als ſolches unmittelbar das Herrſchaftsrecht über dieſe Sache in ſich; das Pfandrecht an der Emphyteuſe und Superficies nimmt das Beſitzrecht nicht aus ſich ſelbſt, ſondern aus dem Inhalt des ihm unterliegenden Rechts. Die utilis rei vindicatio des Sachpfandgläubigers iſt eine reine Pfandklage, eine hypothecaria in rem actio; die in rem actio deſſen, dem Emphyteuſe und Superficies verpfändet ſind, iſt eine in Folge ſeines Pfandrechts dem Pfandgläubiger zuſtändige emphyteutikariſche reſp. ſuperficiariſche Klage, eine, wenn ich ſo ſagen ſoll, hypothecaria utilis in rem actio.

Der eben hervorgehobene Umſtand bedarf der Erwägung, denn wir ſtehen hier an dem Punkte, an welchem der Sprachgebrauch der römiſchen Juriſten, die das praedium, den fundus ſelbſt als vom Emphyteuta reſp. Superficiar verpfändet hinſtellen, ſeine genügende Erklärung findet. Wir haben eben geſehen, daß der am emphyteutikariſchen oder ſuperficiariſchen Recht Pfandberechtigte ebenſo wie der Sachenpfandgläubiger eine unmittelbar auf Beſitz der Sache gerichtete in rem actio hat. Es kommt hinzu, daß jener Pfandgläubiger ebenſowohl wie dieſer ſein Pfandrecht in unmittelbarem (juriſtiſchem) Beſitz der Sache aus-

1) L. 13 §. 3 D. de pign. (20, 1.)

übt, denn nach der richtigen Ansicht besitzen Emphyteuta und Superficiar die Sache und nicht ihr Recht.[1]) Endlich wird, falls der Pfandgläubiger sofort in die Ausübung seines Pfandrechts gesetzt werden soll, hier wie dort auf ihn unmittelbarer Pfandbesitz der Sache übertragen; kurz die Sache erscheint hier wie dort überall als directer Gegenstand der vom Pfandgläubiger auszuübenden Machtbefugnisse. Man vergleiche hiemit Aussprüche der römischen Juristen, wie in

l. 16 §. 2 D. de pign. act. (13, 7):

— vectigale praedium pignori dari, placuit;

l. 31 D. de pign. (20, 1):

— is fundus a possessore pignori datus est — —

und man wird einfach finden, daß die Römer, statt einen theoretisch genauen Ausdruck zu gebrauchen, sich an die ins Auge springende Außenseite des Rechtsgeschäfts gehalten haben, wenn sie sagten: „das praedium vectigale ist in Pfandbesitz gegeben worden".

Des Näheren die Stellung des an Emphyteuse oder Superficies Pfandberechtigten dem dominus gegenüber auseinanderzusetzen, ist hier nicht der Ort. Es genügt, nur noch zu bemerken, daß das Recht des Pfandgläubigers auf den Vermögenswerth des ihm verpfändeten Objects sich zu dem Recht der Veräußerung des betreffenden Rechts gestaltet. Der Pfandgläubiger befriedigt sich aus dem entgegengenommenen Kaufpreise. Der Käufer tritt in die Emphyteuse oder Superficies gerade so ein, wie wenn Emphyteuta oder Superficiar selbst an ihn veräußert hätten.

Schwieriger, aber interessanter, und namentlich beweisend für die Richtigkeit der oben von uns aufgestellten Definition des Pfandrechts ist die Lehre von der Verpfändung der Forderungsrechte.

Seiner Form nach muß das Pfandrecht hier, ebenso wie bei der Verpfändung dinglicher Rechte, das verpfändete Recht

---

1) Für die Richtigkeit dieser Ansicht möchten sich namentlich aus dem hier behandelten Punkte wichtige Argumente ergeben.

ſeinem vollen Inhalt nach unmittelbar dem Willen des Pfandgläubigers unterthan machen, und zwar das ganze Forderungsrecht, nicht etwa einen Theil deſſelben. Wie ferner dem Servitutenpfandrecht die utilis confessoria, dem Pfandrecht an Emphyteuſe und Superficies die utilis in rem actio entſpringt, ebenſo muß bei dem Pfandrecht an der Forderung die actio in personam dem Pfandgläubiger als utilis zuſtehen. In derſelben äußert ſich hier ebenſo wie dort die ihm über das Pfandobject unmittelbar zuſtändige Macht; denn nur als Pfandgläubiger, nicht, wenn ich mich mit Bähr[1]) des Ausdrucks bedienen darf, als Eigenthümer des Forderungsrechts hat er die demſelben entſpringende Klage.

Dieſe Sätze ſind unmittelbare Folge unſerer Anſicht vom Pfandrecht, ſie finden auch in den Quellen ihre Beſtätigung[2]), indem überall, worauf namentlich Gewicht zu legen iſt, die Pfandconvention ſelbſt als unmittelbarer Grund der dem Pfandgläubiger zuſtehenden utilis in personam actio angeführt wird.

Dennoch iſt dieſe Anſicht durchaus nicht die herrſchende; im Gegentheil nimmt man gewöhnlich an, daß die actio utilis des Pfandgläubigers auf einer bedingten Ceſſion von Seiten des Verpfänders beruhe.[3])

Zu meiner Freude kann ich mich hier für meine Anſicht auf die gründliche Ausführung von Schmid[4]) berufen; es be-

---

1) Gerber und Ihering's Jahrbücher Bd. 1. S. 361 und ſonſt.

2) Vgl. l. 18 pr. D. de pign. act. (13, 7.) l. 20 D. de pign. (20, 1.) l. 4. C. quae res pignori (8, 17.)

3) So namentlich Mühlenbruch, Ceſſion der Forderungsrechte, 3. Aufl. S. 520, und nach ihm Gaupp, de nominis pignore §. 6. Huschke, de pignore nominis cap. 3 §. 1. Pfeiffer, practiſche Ausführungen Bd. 1. Nr. I. Puchta, Vorleſungen, 4. Aufl. I. S. 436. Arndts, Pandekten §. 255 Anm. 1 u. ſ. w. Schon Buchka, de pignore nominis, S. 8 ff. erklärte ſich mit richtigen Gründen gegen dieſe Anſicht, doch ohne Erfolg (vgl. Puchta a. a. O.), und ohne daß man ſeine eigene poſitive Anſicht klar hervortreten ſähe.

4) Grundlehren der Ceſſion, S. 115 ff.

darf nur noch weniger Bemerkungen, um die Grundloſigkeit der herrſchenden Anſicht völlig darzuthun.

Zunächſt, wäre die Verpfändung einer Forderung eine bedinge Ceſſion derſelben, ſo hätte der Pfandgläubiger vor Eintritt der Bedingung[1]) noch gar nicht irgend welches Recht; er hat aber ſofort ſein Pfandrecht an der Forderung. Ausfluß dieſes Rechts iſt die Denunciation, die er mit ſogleich eintretender Wirkung an den Schuldner erläßt.[2]) Die Bedingung: si debitor is satis non fecit, cui tu credidisti, iſt nicht Vorausſetzung für das Entſtehen, ſondern für die Fortdauer des Forderungspfandrechts. Daß das Exiſtentwerden der actio utilis in personam für den Forderungspfandgläubiger von einer ſolchen Bedingung unabhängig iſt, beweiſt der oben bemerkte Umſtand, daß die Quellen aus der Pfandconvention ſofort die actio utilis für denſelben entſpringen laſſen.

Von dem Standpunkte der Gegner aus wäre ferner unerklärbar, wie das dem Pfandgläubiger von dem verpfändeten Schuldner[3]) gezahlte corpus demſelben nur an Pfandes Statt, nicht zu Eigenthum verbleibt.[4])

Ferner müßte dem pignus nominis als bedingter Ceſſion der Forderung das Sachenpfandrecht als bedingte Uebertragung des Eigenthums zur Seite ſtehen, oder, mit andern Worten, das pignus nominis verlöre ganz ſeine beſondere Natur als ſolches. Die Gegner läugnen mit ihrer Anſicht das Beſtehen eines Pfandrechts an einer Forderung, ſie ſetzen an Stelle desſelben ein Rechtsgeſchäft, das allerdings auch den Zweck der Sicherung des Gläubigers für ſeine Forderung verfolgt, aber des eigenthümlichen Charakters der Beſtellung eines Pfandrechts ermangelt, und in ganz anderer juriſtiſcher Form wirkt. Gerade dies widerlegt ſie am ſchlagendſten, weil die Quellen das pignus

1) Dieſe Bedingung ſoll Unterbleiben der Zahlung von Seiten des verpfändenden Schuldners ſein.

2) L. 4 C. cit.

3) So nenne ich nach dem Vorgange Anderer der Kürze halber denjenigen Schuldner, gegen den ſich das verpfändete Forderungsrecht richtet.

4) L. 18 pr. cit. l. 13 §. 2 D. de pign. (20, 1.)

nominis erſichtlich als eine Fortbildung und weitere Anwendung des Pfandrechtsbegriffs darſtellen, nicht als ein nur ſeinem Zwecke nach mit der Verpfändung verwandtes Rechtsgeſchäft.[1])

Zu alledem kommt endlich hinzu, daß, wie eine Sache, ſo auch ein Forderungsrecht mehrere Male verpfändet werden kann, mit der Wirkung, daß jeder der Pfandgläubiger ein vollgültiges Pfandrecht erwirbt, während im Gegentheil die Ceſſion einer Forderung nur auf Einen das Forderungsrecht wirkſam zu übertragen vermag.[2])

Aus dem bisher Vorgebrachten folgt m. E. nicht blos, daß, wie Mühlenbruch a. a. O. etwa zugeben möchte, die Grundſätze von der Ceſſion für die Lehre von der Verpfändung eines Forderungsrechts einer Modification bedürfen, ſondern, daß der Geſichtspunkt der Ceſſion für unſere Frage überhaupt unmöglich iſt. Allerdings tritt auch hier uns eine actio utilis entgegen, mit welcher ein Dritter, an ſich nicht Forderungsberechtigter, eine fremde Forderung auszuüben berechtigt iſt; allerdings kommt auch hier in ähnlicher Weiſe wie bei der Ceſſion die Denunciation an den Schuldner, gegen den die actio utilis ſich richten ſoll, zur Sprache[3]); dennoch iſt der juriſtiſche Geſichtspunkt hier ein völlig anderer wie dort. Der hauptſächlichſte und entſcheidende Unterſchied iſt der, daß die Ceſſion eine Form für die Uebertragung einer Forderung aus einem Vermögen in ein anderes, hingegen die Verpfändung Mittel zur Conſtituirung eines neuen, bisher noch nicht dageweſenen Rechtes *an* der in dem Vermögen des Verpfänders verbleibenden Forderung iſt.

Das Streben, beide Anſchauungen mit einander zu vereinigen, hat, wie das natürlich iſt, nur ſehr ſchwankende und zweifelhafte Reſultate gegeben. So z. B. bei v. Vangerow[4])

1) Vgl. l. 7 C. de hered. vend. (4, 39) und l. 4 C. quae res pign. (8, 17.)

2) Vgl. Buchka l. c. S. 41. 42. Vgl. auch ibid. S. 17. 39. 40, wo ſich noch andere Gründe gegen die herrſchende Anſicht finden, die ich der Kürze halber hier übergehe.

3) L. 4 C. cit.

4) Pandekten I. §. 368 Anm. 1.

und Sintenis.[1]) Jener erklärt, daß der Creditor nur ex mandato actionum, oder was diesem rechtlich gleichsteht, die actio utilis haben könne. „Damit soll aber freilich nicht ge„sagt sein, daß die Verpfändung eines nomen ganz wie eine „eventuelle oder bedingte Cession und der Pfandgläubiger wie „ein Cessionar zu behandeln sei, sondern man muß hier noth„wendig, so weit es nur immer die Eigenthümlichkeit des Objects „zuläßt, die Grundsätze des Pfandrechts eingreifen lassen", u. s. w. Sintenis resumirt seine S. 23. 24. vorgetragene Ausführung in der Inhaltsübersicht S. VIII. selbst dahin: „Es ist keine „Cession vorhanden, sondern eine eigenthümliche Uebergangs„art der Klagen anzunehmen, begründet durch die Eigenthümlich„keit des Rechtsgeschäfts selbst und seinen Zweck." Daß von solchen Grundlagen aus jedes Princip für die Behandlung des pignus nominis verschwindet, ist selbstverständlich.

Die auffallendste Ansicht ist die von Trotsche[2]) vertheidigte, daß das pignus nominis keine Cession, sondern Constituirung eines dinglichen Rechts an dem Forderungsrechte sei, welchem demzufolge denn auch eine actio in rem hypothecaria entspringe. Es wird hiemit also ein Recht an einer Sache angenommen, welches dennoch zu seinem Gegenstande nicht eine Sache, sondern ein Recht hat. Die Prämisse Trotsche's, daß das Pfandrecht als solches ein Recht an einer Sache sei, ist aber falsch und petitio principii.[3])

Der richtigen Ansicht am nächsten steht Bähr[4]); nur irrt er darin, daß er trotz seiner eigenen Ausführungen die Verpfändung einer Forderung dennoch nur für eine der mannigfaltigen causae cessionis hält. Es ist das ebensowenig möglich, wie wenn Verpfändung einer Sache eine der causae der Eigenthumsübertragung sein sollte.

Nach diesem Excurs kehre ich zur weiteren Ausführung meiner Ansicht über das pignus nominis zurück.

---

1) Pfandrechtliche Streitfragen S. 23. 24.
2) Verpfändungsrecht des Pfandgläubigers S. 75 ff.
3) Vgl. Buchka l. cit. S. 9.
4) A. a. O. S. 374. 397 Note 94 a. E. und S. 398.

Die actio utilis in personam des Forderungspfandgläubigers ist Ausdruck seiner ihm über das Pfandobject unmittelbar zustehenden Macht. Daß diese sich hier in persönlicher, nicht, wie bisher, in dinglicher Form äußert, ist lediglich Folge der Form des ihm unterworfenen Objects. Dennoch erfüllt das Pfandrecht hier ebensowohl wie in den bisher behandelten Fällen seinen Zweck. Das Forderungsrecht ist wegen seines Vermögenswerthes an sich ebenso einer Verpfändung fähig, wie jedes andere Vermögensstück. Es bedurfte nur einer Form, um dasselbe in ähnlicher Weise wie die körperliche Sache dem Willen des Pfandgläubigers unmittelbar zu unterwerfen und nahe zu bringen. Diese Form fand sich in der von den römischen Juristen dem Forderungspfandgläubiger zugeschriebenen, von dem weiteren Willen des Verpfänders unabhängigen, utilis actio, die andererseits in ihren Wirkungen durch den Rechtssatz gesichert ward, daß nach geschehener Verpfändung des Forderungsrechts, wenigstens nach einer vom Pfandgläubiger ergangenen Denunciation, der verpfändete Schuldner sich durch Zahlung an seinen Gläubiger vor Tilgung des Pfandrechts nicht befreien könne.[1])

Inhalt des Pfandrechts ist auch hier das Recht auf den Vermögenswerth seines Objects, so weit derselbe zur Befriedigung der durch das Forderungspfandrecht gesicherten Forderung nöthig ist. Dasselbe gestaltet sich hier in Folge der besonderen Natur der Forderungsrechte auf eine besondere Weise.

Der Vermögenswerth des Forderungsrechts kann nämlich auf eine doppelte Weise hergestellt werden.

Einerseits ist dasselbe ebenso wie Sachen und andere Rechte Gegenstand des Vermögensverkehrs: es kann schenkungs-, kaufsweise veräußert werden u. s. w. Der Verkaufswerth der Forderung ist ihr Vermögenswerth. Das Pfandrecht am Forderungsrecht vermag sich demnach ebenso wie das Pfandrecht an Sachen und an dinglichen Rechten in dem Verkaufsrecht zu äußern.

1) L. 4 C. cit.

Andererſeits iſt das Forderungsrecht aber nach unſerer oben aufgeſtellten Definition ſelbſt ein Recht auf einen Vermögenswerth. Der Vermögenswerth, den das Forderungsrecht zu produciren vermag, repräſentirt ſeinen eigenen Vermögenswerth. Das Forderungsrecht hat alſo ſelbſt das Streben und die Kraft, ſeinen eigenen Vermögenswerth herzuſtellen. So öffnet ſich für das Pfandrecht hier ein anderer zweiter Weg, ſeinen Inhalt geltend zu machen. Es braucht nur die Mittel zu benutzen, welche ſein Gegenſtand ſelbſt ihm darbietet, den Vermögenswerth deſſelben herzuſtellen. Die actio utilis in personam, die ihm in Folge ſeines unmittelbar das Pfandobject ergreifenden Rechts entſpringt, vermag ihm zugleich als Mittel zu dienen, ſein Streben nach dem Vermögenswerth ſeines Objects zu befriedigen. So tritt neben das jus distrahendi beim Forderungspfandrecht mit ganz gleicher Bedeutung das jus exigendi. Im Verkauf ſowohl wie in der Ausklagung des verpfändeten Schuldners äußert ſich zugleich die dem Pfandgläubiger über ſein Object zuſtehende Herrſchaft, und ſein Recht auf Befriedigung aus dieſem Object; in beiden Vorgängen findet das Pfandrecht ſowohl als Recht *an* ſeinem Object wie als Recht *auf* deſſen Vermögenswerth ſeinen vollen Ausdruck. Conſequenz davon iſt, daß der Pfandgläubiger hier wie dort über das *ganze* Pfandobject zu disponiren berechtigt iſt; denn daſſelbe unterliegt völlig und ganz ſeinem Willen, mag die Forderung, für die ihm ſein Pfandrecht beſtellt iſt, an Vermögenswerth der verpfändeten Forderung gleichkommen oder nicht. Ebenſo wie beim Sachenpfandrecht iſt die nach außen wirkende Macht, die dem Pfandrecht als Recht *an* ſeinem Object entſpringt, unabhängig von der Größe des Vermögenswerthes, auf den es ſich ſeinem Inhalte nach richtet; ſeine Form läßt es die Grenzen ſeines Inhalts überſchreiten. Erſt die perſönliche pignoratitia actio muß auch hier regulirend einſchreiten, um die materiellen Verhältniſſe zur Geltung zu bringen.

Das jus distrahendi ſowohl wie das jus exigendi des Forderungspfandgläubigers finden wir denn auch in den Quel-

len namentlich beſtätigt.[1]) Nach der herrſchenden Anſicht erſcheint nur das erſtere als normaler Ausfluß ſeines Pfandrechts; von unſerer Theorie aus haben wir den Vortheil, auch das zweite Recht als Conſequenz deſſelben einheitlichen Princips zu erkennen.

Einer näheren Betrachtung iſt jetzt nur noch das jus exigendi zu unterwerfen. Wir haben hier Rechtsſätze zu entwickeln, die für die Lehre vom Afterpfandrecht von unmittelbarer Bedeutung ſind.

In der Geltendmachung der verpfändeten Forderung durch Entgegennahme der Zahlung oder durch Anſtellung der Klage ſehen wir das Forderungspfandrecht thätig, ſich den Vermögenswerth zu verſchaffen, auf den es ſeinem Inhalte nach gerichtet iſt. Die weitere Entwickelung dieſes rechtlichen Vorganges iſt eine verſchiedene, je nachdem der Pfandgläubiger aus der verpfändeten Forderung Geld oder eine andere Sache, in den Quellen techniſch corpus genannt, entgegennimmt.

Im erſten Falle wird durch die Geldzahlung von Seiten des verpfändeten Schuldners der Vermögenswerth der verpfändeten Forderung unmittelbar hergeſtellt; das Forderungspfandrecht hat den Gegenſtand gefunden, auf den es ſich ſeinem Inhalte nach richtet, und geht demnach in ſeiner Befriedigung unter. Das gezahlte Geld tritt ſofort in das Eigenthum des Pfandgläubigers; nur wird er zur Reſtitution der hyperocha durch die actio pignoratitia perſönlich verpflichtet.

Dieſer Vorgang wird in den Quellen ſo ausgedrückt, daß der Pfandgläubiger, wenn ihm aus der verpfändeten Forderung Geld gezahlt werde, mit ſich abrechne, compenſire,

l. 18 pr. D. de pign. act. (13, 7):
— si id nomen pecuniarium fuit, exactam pecuniam tecum pensabis — —

l. 13 §. 2 D. de pign. (20, 1):
— si quidem pecuniam debet is, cujus nomen pignori

1) L. 15 §. 10 D. de re jud. (42, 1), l. 7 C. de hered. vend. (4, 39). — L. 7 C. eod. l. 18 pr. D. de pign. act. (13, 7). l. 13 §. 2 D. de pign. (20, 1). l. 4 C. quae res pign. (8, 17).

datum est, exacta ea creditorem **secum pensaturum** — —

d. h. alſo, er behält von dem empfangenen Gelde ſo viel für ſich zurück, als hinreicht, ſeine ihm gegen den Verpfänder zuſtehende Forderung zu decken, er macht ſich ſelbſt bezahlt. Ganz ebenſo heißt es auch in den Quellen von dem Sachpfandgläubiger, der ſich aus dem für die Sache erhaltenen Preis befriedigt,

l. 3 C. de luit. pign. (8, 31):

— rebus in solutum datis, sive distractis, **compensato pretio** — —

l. 10 C. de obl. et act. (4, 10):

— eo, quod de pretio servari potuit, in debitum **computato** — —

ein nicht geringer Beweis, daß der juriſtiſche Vorgang, wie es nach unſerer Theorie der Fall iſt, dort wie hier ganz derſelbe iſt. Dort wie hier muß ſofort Eigenthum, nicht etwa Pfandbeſitz auf den Pfandgläubiger übergehen[1]); dort wie hier muß dennoch der Gläubiger ſich erſt ſelbſt gleichſam bezahlt machen, weil für ſeine ihm gegen den Verpfänder zuſtehende Forderung ihm von Keinem Zahlung geleiſtet iſt. Der animus solvendi des verpfändeten Schuldners richtet ſich auf ſeine dem Verpfänder gegenüber beſtehende Verpflichtung, der des Käufers auf die für ihn aus dem Kaufcontract entſprungene Obligation; das ſo aus einem andern Obligationsgrunde ihm zugekommene Geld rechnet erſt der Pfandgläubiger ſich auf die Forderung an, für die ihm das Forderungspfandrecht beſtellt war.

Die eben entwickelten Principien werden noch klarer werden durch den Gegenſatz des anderen Falles, zu dem wir uns jetzt wenden. Iſt aus der verpfändeten Forderung dem Gläubiger kein Geld, ſondern eine andere Sache, ein corpus, gezahlt,

1) So auch die herrſchende Meinung: anders früher Gaupp, de nominis pignore, S. 44. 45, jetzt Schmid, Ceſſion, S. 120. Der einzige Grund, den Letzterer dafür anführt, daß der Pfandgläubiger nur Pfandbeſitz, nicht Eigenthum an dem gezahlten Gelde erwirbt, iſt der in den ll. citt. gebrauchte Ausdruck secum pensare. Die richtige Deutung dieſes Ausdrucks iſt im Text zu geben verſucht. Ein Näheres über die Schmid'ſche Anſicht wird noch ſpäter erfolgen, wo wir weiteren Conſequenzen derſelben begegnen.

ſo iſt der Vermögenswerth der verpfändeten Forderung, auf den ſich das an derſelben beſtellte Pfandrecht richtet, noch nicht unmittelbar hergeſtellt. Der Vermögenswerth derſelben ruhte hier vielmehr gleichſam in einer doppelten Hülle; von der einen, der Form des Forderungsrechtes befreit, liegt er noch in der andern, dem corpus, das dieſelbe aus ſich herausgeſetzt hat, verſchloſſen. Auf dieſen Vermögenswerth, der ſich jetzt in dem geleiſteten corpus darſtellt, richtet das Pfandrecht ſich noch fortwährend. Das an der Forderung beſtellte Pfandrecht iſt durch Leiſtung des corpus noch nicht befriedigt, der Vermögenswerth, den es erreichen will, iſt noch nicht hergeſtellt. Aus dieſem Grunde fährt es hier fort, zu beſtehen, aber in anderer Form, weil der Gegenſtand, der ihm den beſtimmten Vermögenswerth gewähren ſoll, ſeine Form gewechſelt hat. Das Pfandrecht an der Forderung ſetzt ſich hier als Pfandrecht an der geleiſteten Sache fort, mit allen ſeinen bisherigen Eigenthümlichkeiten, derſelben Priorität, denſelben Privilegien u. ſ. w.

So erſcheint dieſer Vorgang weniger als eine Verwandlung des Pfandrechts[1]), die zu erklären man einer beſonderen, in der Verpfändung der Forderung enthaltenen Convention der Partheien bedürfte[2]), durchaus nicht als eine Inconſequenz, die man den „conditoribus des römiſchen Rechts“ vorzuwerfen hätte[3]), ſondern als eine aus dem innerſten Weſen des Pfandrechts mit Nothwendigkeit folgende Fortſetzung, Fortführung ſeiner bisherigen Exiſtenz, nur in einer durch die Wandlung ſeines Gegenſtandes bedingten Wandlung ſeiner Form, eine Aenderung, die ihm nur äußerlich bleibt, und ſeine innerſte Exiſtenz nicht berührt.

Mag man auch an dieſem Punkte die aufgeſtellte Theorie in ihrem Gegenſatz gegen die herrſchende Anſicht für rein abſtractes Gedankenſpiel halten; ſpäter wird es ſich zeigen, daß

---

1) Dies iſt der Grundgedanke der ſchon öfter citirten Abhandlung Gaupp's.

2) So Dernburg S. 468. Schmid S. 124.

3) Sintenis, Pfandrechtliche Streitfr. S. 28.

gerade dieſe Herleitung des fraglichen Rechtsſatzes aus dieſen Principien von bedeutſamer Wichtigkeit wird.

Die Quellenausſprüche, die den eben theoretiſch begründeten Rechtsſatz enthalten, ſind

l. 18 cit.:

— si vero corporis alicujus (nomen fuerit), id, quod acceperis, erit tibi pignoris loco.

l. 13 §. 2 cit.:

— si vero corpus debuerit et solverit, pignoris loco futurum.

Der gebrauchte Ausdruck: pignoris loco hat früher die Behauptung hervorgerufen, das gezahlte corpus werde nicht einem wirklichen Pfandrecht des Forderungspfandgläubigers unterworfen, ſondern es ſtehe demſelben vielmehr nur ein Retentionsrecht zu.[1]) Dieſe Anſicht kann jetzt als allgemein aufgegeben angeſehen werden, und bedarf darum einer beſondern Widerlegung nicht mehr.

Zu beachten iſt hier noch, daß in beiden Stellen von einem accipere, solvere des corpus, alſo von einer freiwilligen Leiſtung deſſelben die Rede iſt, während oben die pecunia ebenſo gleichförmig als exacta pecunia bezeichnet wurde. Es hat dies einfach ſeinen Grund darin, daß zur Zeit des claſſiſchen römiſchen Rechts die condemnatio ſtets auf Geld gerichtet war, das geſchuldete corpus alſo dem Gläubiger nur im Falle freiwilliger Leiſtung zukam. Der Punkt iſt namentlich für die Interpretation der unten näher zu beſprechenden l. 13 §. 2 cit. von Wichtigkeit.

Mit dem Bisherigen ſind die principiellen Fragen, auf denen die Lehre vom Pfandrecht überhaupt ruht, ſo weit ſie uns für unſere Zwecke intereſſiren, erledigt. Wir wenden uns jetzt zu unſerem Thema, der Lehre vom Afterpfandrecht, deren allgemeine Grundlagen bisher feſtzuſtellen verſucht iſt.

1) Trotſche a. a. O. S. 114 ff. und nach ihm Mühlenbruch 3. Aufl. S. 346, Heimbach im Rechtslexikon Bd. 8. S. 74. 77.

III.

Das Pfandrecht am Pfandrecht.

Auch ein Pfandrecht kann verpfändet werden. Die Verpfändung eines Pfandrechts nennen wir Afterverpfändung, das Pfandrecht am Pfandrecht Afterpfandrecht oder subpignus.[1])

Die Möglichkeit eines Pfandrechts am Pfandrecht wird nach den Ausführungen in §. I. und II. nicht mehr so sehr auffallen. Das Pfandrecht ist *seiner Natur nach* an keine bestimmte Form seines Objects gebunden. Wir haben es bisher schon in den mannigfaltigsten Formen, dennoch in seinem Wesen sich gleichbleibend, verfolgt; in der Lehre vom Afterpfandrecht bewahrheitet sich diese seine Eigenthümlichkeit am deutlichsten: es wird, was keinem anderen Rechte möglich ist, zugleich dominirendes Recht und unterliegendes Object, es kehrt, nachdem es seinen Kreislauf durch die verschiedensten Vermögensbestandtheile vollendet, hier zu sich selbst zurück.

Dennoch ist unser Satz: Das Afterpfandrecht ist ein Pfandrecht an einem Pfandrecht, von den verschiedensten Seiten her angegriffen, und die verschiedensten Meinungen über das Wesen des Afterpfandrechts von gegnerischer Seite aufgestellt. Jene Angriffe zurückzuweisen und diese Meinungen in ihrer Unrichtigkeit darzulegen, soll zunächst unsere Aufgabe sein. Erst dann

---

1) Der Name subpignus ist ein moderner. *Schweppe* hat sich in seinem Röm. Privatrecht §. 340 desselben zuerst bedient.

werden wir uns zu der näheren Begriffsbestimmung des Pfandrechts am Pfandrecht wenden.

Um die Unmöglichkeit eines Pfandrechts am Pfandrecht darzuthun, hat man besonders vorgebracht, dasselbe könne durchaus nicht irgend welche Sicherheit gewähren, denn der verpfändende Pfandgläubiger könne ja jeden Augenblick durch Einziehung der Forderung, für die ihm das verpfändete Pfandrecht bestellt war, das Object des von ihm errichteten Pfandrechts vernichten, und damit dem Afterpfandgläubiger die Sicherheit entziehen, die diesem doch durch das bestellte Pfandrecht gewährt werden sollte.[1])

Dieser Grund ist kein juristischer; er widerlegt nicht die Möglichkeit der Begründung eines Pfandrechts am Pfandrecht, wenn er hervorhebt, daß dasselbe leicht ohne Befriedigung untergehen könne. Ebenso kann ein Ususfructus durch Zufall, z. B. durch den Tod des Usufructuars, oder auch durch den Willen des Letzteren, z. B. durch Veräußerung an den Eigenthümer, in jedem Augenblick untergehen; auch hier kann die durch Verpfändung des Ususfructus gewährte Sicherheit möglicherweise nur eine sehr prekäre sein. Dennoch kann der ususfructus unbedingt und unter allen Umständen verpfändet werden. Solche Betrachtungen wie die eben hervorgehobenen sind höchstens für den Gläubiger, der sich ein Pfandrecht bestellen lassen will, von Bedeutung; nicht für den Juristen, der aus gegebenen Grundsätzen Consequenzen zu ziehen hat.

Ferner heißt es bei unseren Gegnern: „Ein Recht, welches „blos Accessorium eines anderen Rechtes ist, kann nicht allein „und ohne dieses einem Dritten abgetreten werden."[2])

Hiergegen ist ein Doppeltes zu erinnern. Einerseits ist das Pfandrecht nicht in dem Sinne Accession des Forderungsrechts[3]),

---

1) Trotsche, Verpfändungsrecht des Pfandgläubigers S. 4. Dernburg, Pfandrecht I. S. 477. Hoffmann, Civilistische Versuche von Fuhr und Hoffmann, S. 73. 74. Mühlenbruch. S. 338.

2) Trotsche S. 3. Ebenso Sintenis, Streitfr. S. 36, Pfandrecht S. 169. Mühlenbruch a. a. O.

3) Vgl. l. 43 D. de solut. (46, 3).

daß es gar keines selbstständigen juristischen Schicksales fähig wäre; im Gegentheil heißt es

l. 13 §. 4 D. de pign. (20,1):
— suas conditiones habet actio hypothecaria — —
l. 59 pr. D. ad S. C. Treb. (36, 1):
— remanet propter pignus naturalis obligatio — —[1])

Das Pfandrecht ist überhaupt nur so weit von der Forderung, für die es besteht, abhängig und nur soweit ein Accessorium derselben, als es in der Befriedigung dieser seinen Zweck verfolgt, für den und durch den es besteht. Es unterliegt im Uebrigen völlig selbstständigen Dispositionen, wie z. B. durch Erlaß, es kann ein Anderer in Folge des jus offerendi in dasselbe succediren, ohne daß dort zugleich die Forderung erlassen, hier in dieselbe succedirt würde.[2])

Andererseits ist Verpfändung keine „Abtretung" oder etwas dem Aehnliches, etwa eine bedingte Cession, eine Ansicht, der wir weiter unten noch bestimmter, und mit Gründen, entgegentreten werden. Die Verpfändung eines Pfandrechts ist ebenso wenig wie die Verpfändung eines Forderungsrechts in Wirklichkeit ein anderes Geschäft, das mit Unrecht diesen Namen trüge, sondern eine wahre Verpfändung, Constituirung eines Pfandrechts, und unterscheidet sich von der Abtretung des verpfändeten Rechts ganz gerade so wie die Verpfändung einer Sache von der Uebertragung des Eigenthums an derselben.

Weiter führt man gegen unsere Ansicht an, daß das Pfandrecht nicht zu den verkäuflichen Dingen gehört[3]), und dasselbe soll auch wohl der Sinn der übertriebenen Aeußerung Huschke's sein[4]), „daß das Pfandrecht eigentlich nicht zu den Sachen gehöre, von denen man sagen kann, sie seien in bonis." Ebenso sagt

1) Vgl. Schwanert, die Naturalobligationen des römischen Rechts, S. 406. Brinz, Pandekten I. S. 293. Anders allerdings Savigny, System Bd. 5 §. 250 Note q.
2) Brinz S. 292.
3) Brinz S. 325.
4) Zeitschr. für Civilr. u. Proceß Bd. 20. S. 221. 222.

auch Trotsche[1]), der Pfandgläubiger könne nur die ihm verpfändete Sache, nicht das ihm zustehende Pfandrecht verkaufen.

Dies Argument trifft jedoch nur diejenige Ansicht, welche das Verkaufsrecht als solches für den Inhalt des Pfandrechts hält. Von dieser Ansicht aus könnte allerdings ein nicht verkäufliches Object auch nicht Gegenstand des Pfandrechts sein. Anders nach unserer Theorie. Das Verkaufsrecht schien uns nur die, namentlich bei Verpfändung von Sachen und dinglichen Rechten, durch die Natur dieser Objecte bedingte, also zufällige Form, in der sich das dem Pfandrecht innewohnende Recht auf den Vermögenswerth des ihm unterliegenden Objects äußert und nach Geltendmachung und Befriedigung strebt. Wesentlich ist dem Pfandrecht nur eine Eigenschaft an seinem Object, nämlich die, daß es einen herstellbaren Vermögenswerth besitzt; einen solchen trägt aber das Pfandrecht unläugbar in sich, nur daß derselbe nicht durch Verkauf, sondern lediglich durch seine Geltendmachung hergestellt werden kann. Welche Consequenzen dieser Umstand für Inhalt und Natur des Pfandrechts am Pfandrecht hat, wird später erhellen; hier genügt es, zu bemerken, daß das Pfandrecht als Gegenstand von Vermögenswerth auch selbst wieder Gegenstand eines Pfandrechts sein kann. Allerdings bereichert das Pfandrecht nicht, doch nur aus dem Grunde, weil in dem Moment, in welchem der Pfandgläubiger sich durch Ausübung seines Pfandrechts den Vermögenswerth verschafft, auf den dieses sich richtet, ein anderes Recht, nämlich das Forderungsrecht, für welches jenes Pfandrecht bestellt war, aus seinem Vermögen ausscheidet. Pfandrecht und Forderung richten sich, wie oben schon ausgeführt ist, auf denselben Vermögenswerth, Befriedigung des einen Rechts hebt das andere auf. Ebensowenig aber, wie man der durch das Pfandrecht gesicherten Forderung deshalb den Vermögenswerth absprechen wird, weil ihre Befriedigung jetzt zugleich auch den Untergang des Pfandrechts herbeiführt, ebensowenig kann man aus dem-

1) A. a. O. S. 43 Note 13.

ſelben Grunde dem Pfandrecht die Eigenſchaft des Vermögenswerthes läugnen.[1])

Endlich hat man vorgebracht, die Afterverpfändung enthalte eine zweite Verpfändung, „natürlich deſſelben Gegenſtandes, wie die erſte[2])“ und Sintenis[3]) beruft ſich noch darauf, daß man auch bei der Afterverpfändung Fauſtpfand und Hypothek unterſcheide; das Pfandrecht könne man aber nicht beſitzen. Beide Sätze enthalten eine petitio principii. Erklärt man die Afterverpfändung für die Verpfändung eines Pfandrechts, ſo wird man ſie nicht für eine zweite Verpfändung deſſelben Objects, ſondern eben nur für die Verpfändung des Pfandrechts an dieſem Object halten, und unter derſelben Bedingung wird man dann auch läugnen, daß beim Afterpfand völlig ebenſo wie z. B. beim Sachenpfand zwiſchen Fauſtpfand und Hypothek unterſchieden werden könne. Iſt doch dieſe doppelte Erſcheinungsform dem Pfandrecht durchaus nicht naturnothwendig, und z. B. anerkanntermaßen beim Forderungspfand völlig unmöglich.

Soweit die gegen unſere Anſicht vorgebrachten Gründe. Es folgen jetzt die von anderen Seiten poſitiv aufgeſtellten Anſichten.

Die eine iſt, daß der Afterverpfänder unmittelbar das ihm verpfändete Object weiter verpfände.

Dies iſt die älteſte, von den Gloſſatoren her bis zu dieſem Jahrhundert faſt allgemein herrſchende Theorie. So heißt es in der glossa ad tit. C. si pignus pignori (8,24): Non solum a dominis, sed etiam a non dominis res obligantur, puta ab his, quibus sunt obligatae (Azo). Auf dieſer Gloſſe

1) Die Gegenbemerkung, die Arndts, Pandekten §. 367. Note 3, gegen das von Brinz vorgebrachte Bedenken (ſ. oben S. 55 bei Note 3) dahin macht, daß der Pfandgläubiger ja auch einem Dritten für einen Preis afterverpfänden könne, iſt nicht ſchlagend, weil ſie auf der unten noch zu widerlegenden Anſicht ruht, daß Verpfändung eines Pfandrechts Uebertragung, Ceſſion deſſelben ſei.

2) Brinz S. 325. Büchel, Erörterungen 2. Aufl. I. S. 393. 394.

3) Streitfragen S. 36.

baſirt ſpäter die Theorie des Donellus[1]), die ihrer ſcharfen Formulirung wegen als Repräſentantin der Zeitanſchauungen hier ihren Platz finden mag. Es heißt bei ihm a. a. O.: An omnes res, quae in bonis sunt, obligari possint, videndum est. Et receptum est, ut omnes possint. — — Earum plura sunt genera. — — Primum genus est earum rerum, quae vere dominii nostri sunt — — Alterum est earum, quarum quasi domini sumus. — Quo in genere sunt vectigalia praedia et superficiaria. — — Tertium est genus earum, quarum neque domini sumus, neque quasi domini: cujus generis sunt, quae pignori sunt obligatae. Ebenſo Reguſantius.[2]) Der durchweg regelmäßige Ausdruck des 16., 17. und 18. Jahrhunderts für die Afterverpfändung iſt pignoris oppignoratio, bona oppignorata oppignorare u. ſ. w.[3]) Das lübiſche Recht drückt ſich, indem es die Afterverpfändung verbieten will, ſo aus[4]): „Es mag auch niemand ſein Pfand andern ausſetzen noch verpfänden, bei Straffe der Gerichte.“ So heißt es denn auch noch bei Glück[5]), der Pfandgläubiger könne „die ihm verpfändete Sache, wofern nicht ein Anderes ausdrücklich verabredet worden iſt, ſeinem eigenen Gläubiger wieder verpfänden.“ Allerdings findet ſich auch ſchon frühe die andere Anſicht, daß der Pfandgläubiger ſein Recht und nicht die Sache afterverpfände, doch nur vereinzelt. So bei Bartolus[6]), Salicetus[7]); ſpäter am klarſten bei Balduinus[8]),

1) De pignoribus et hypothecis cap. 8.

2) De pign. et hyp. pars 2. m. 3. n. 19.

3) Vgl. außer den in der Einleitung genannten Schriftſtellern dieſer Zeit z. B. noch J. Thomingius, responsa, Francof. a. M. 1608, consil. 38 n. 65. E. Cothmannus, responsa, Francof. 1610, resp. 57. n. 270—273. A. de Reyger, thesaurus juris, Magdeb. 1618, tom. II. p. 377. n. 15.

4) Lib. III. tit. 4. art. 10. Daß die Stelle wirklich vom Afterpfandrecht handelt, beweiſt die Ausführung des D. Mevius, commentarius ad jus Lubecense, in l. c. n. 5 sqq.

5) Commentar, Bd. 14. S. 57. 58.

6) Ad l. 1 C. si pign. pignori (8, 24).

7) Ad l. 2 C. eod.

8) De pign. et hyp. cap. 12.

doch ohne daß die Frage darum zur Streitfrage geworden wäre. So findet man auch wohl die Ansicht, daß die Sache sowohl wie das Pfandrecht verpfändet werde, z. B. bei Mudäus[1]): neque hic intelligitur pignori datum jus tantum pignoris, sed ipsa res, quae pignorata est et pignori obligata. — Sed vi ipsa et potestate eodem fere recidit, ac si dicas, jus pignoris pignori esse datum. Die aus einem solchen Indifferentismus sich ergebende Verwahrlosung der Jurisprudenz in diesem Punkte ergiebt sich denn auch z. B. daraus, daß im Codex Mevianus[2]) die

l. 27 D. de pign. act. (13,7):

> Petenti mutuam pecuniam creditori, quum prae manu debitor non haberet, species auri dedit, ut pignori apud alium creditorem poneret. Si jam solutione liberatas receptasque eas is, qui susceperat, tenet, exhibere jubendus est. Quod si etiam nunc apud creditorem creditoris sunt, voluntate domini nexae videntur; sed, ut liberatae tradantur, domino earum propria actio adversus suum creditorem competit.

auf die Afterverpfändung bezogen wird. Die Glosse zu dieser Stelle steht dagegen völlig auf dem richtigen Standpunkte.

Erst in neuerer Zeit ist man sich über den Punkt, um den es sich handelt, klar geworden, und so entstand die lebhafte, noch jetzt nicht zu einer allgemein anerkannten Entscheidung gebrachte Streitfrage, mit der wir uns hier beschäftigen. Uns dünkt schon in diesem Streit ein Fortschritt gegen die frühere Jurisprudenz zu liegen. Klarheit in den theoretischen Anschauungen sollte das erste Streben eines Juristen sein, namentlich

---

1) De pign. et hyp., quae res obligentur, n. 17; in dem Corpus selectorum tractatuum de pignoribus et hypothecis, Francof. a. M. 1586. S. 281. Die Ansicht des Mudäus hat auch J. Lectius, ad Modestinum de poenis, und später Gmelin l. cit. S. 235. Auf demselben unklaren Standpunkte steht übrigens auch noch Sintenis, Streitfr. S. 34 ff. Pfandrecht S. 167 ff., der ebenfalls das Recht sowohl wie die Sache für verpfändet hält.

2) Tom. II. p. 668. dec. 1.

an einem Punkte wie dem unſrigen, wo es gilt, an den letzten Conſequenzen eines Begriffs die Richtigkeit deſſelben zu erproben.[1])

Die neueren Juriſten, welche die oben aufgeſtellte Anſicht vertheidigen, ſind du Roi, Archiv f. civ. Praxis, Bd. 6. S. 400, Trotſche a. a. O. S. 5 ff., Huſchke, Zeitſchr. f. Civilr. und Proc., Bd. 20. S. 221 ff.[2]), Büchel a. a. O. S. 389 ff., v. Bangerow, Pandekten, §. 368. Anm. 2, Brinz, Pand. I. S. 325. 26, endlich, wenn man will, auch Sintenis a. a. O., der wenigſtens die Sache neben dem Recht für verpfändet hält.

Der poſitiven Argumente, die man bei dieſen Schriftſtellern für ihre Anſicht vorgebracht findet, bleiben, nachdem wir oben die negativen, mit denen ſie unſere Anſicht bekämpfen, zurückgewieſen haben, nur wenige übrig.

Einerſeits findet man angeführt: der Pfandgläubiger könne die Sache ſelbſt, nicht etwa ſein Pfandrecht an derſelben veräußern; in der Veräußerungsbefugniß ſei aber regelmäßig die Verpfändungsbefugniß mit enthalten; die Verpfändung ſei im ſchlimmſten Falle nur ein eventueller Verkauf. Ebenſo wie die Sache verkaufen, müßte der Pfandgläubiger ſie demnach auch weiter verpfänden können.[3])

Dieſer Argumentation iſt ſchon von Anderen[4]) mit Recht entgegengeſetzt, daß ſie die Ausübung des Verpfändungsrechts des Pfandgläubigers an dieſelben Vorausſetzungen binden würde, von denen die Geltendmachung ſeines Veräußerungsrechts abhängt, Fälligkeit der Schuld, Erfüllung der Formalitäten. Von ſolchen Bedingungen der Afterverpfändung findet ſich aber in den Quellen keine Spur. Sie beruht aber ferner auf einer völligen Verkennung des Weſens des Pfandrechts. Der Pfandgläubiger hat das Recht, die Sache zu verkaufen, nicht, weil er eine unbeſchränkte Verfügungsgewalt über dieſelbe hätte, ſondern

---

1) A. M. ſcheint Arndts, Pandekten §. 367. Anm. 3.

2) In ſeiner Schrift de pignore nominis S. 26 hatte dieſer Schriftſteller früher das Pfandrecht für verpfändet erklärt.

3) So Trotſche und v. Bangerow a. a. O.

4) So z. B. Mühlenbruch S. 342. Sintenis Streitſr. S. 35. Buchka S. 25. Dernburg S. 477.

nur als Ausdruck des ihm zustehenden Rechtes auf den Vermögenswerth der Sache. Der Pfandgläubiger hat darum nur das Recht, die Sache zu verkaufen, nicht etwa auch das Recht, anderweitige Dispositionen mit derselben vorzunehmen, er kann sie nicht selbst als Eigenthümer behalten wollen, er kann sie nicht verschenken, legiren u. s. w. Von dem Verkaufsrecht des Pfandgläubigers ist also ein Schluß auf andere ihm an der Sache zustehende Rechte durchaus nicht zu gestatten. Nicht zutreffend ist die Bemerkung Trotsche's [1]), daß bei der ältesten Art des Realcredits, der fiducia, der Pfandgläubiger doch unzweifelhaft die Sache selbst habe verpfänden können. Er konnte dies allerdings, aber gerade deshalb, weil er nicht blos ein Pfandrecht, sondern Eigenthum an der Sache hatte, und machte sich überdies durch eine solche Disposition aus dem pactum fiduciae seinem Schuldner gegenüber zum Ersatz des eventuell für diesen daraus entspringenden Schadens verpflichtet. [2])

Du Roi stützt seine Ansicht auf seine eigenthümliche Anschauung vom Pfandrecht: der Pfandgläubiger übe nur fremde Rechte in Stellvertretung des Eigenthümers aus. [3]) Er verpfände die Sache darum ebenso, wie er die Sache, nicht etwa sein Recht an derselben, vindicire und besitze. Gerade an dieser hier gezogenen Consequenz aber zeigt sich auf's Deutlichste die Unrichtigkeit seiner, jetzt auch allgemein verworfenen, Theorie vom Pfandrecht. Verpfändete der Pfandgläubiger wirklich in Stellvertretung des Eigenthümers, so würde das Afterpfandrecht gar nicht als eine besondere Art des Pfandrechts, sondern als ein gewöhnliches, von dem procurator domini bestelltes Pfandrecht erscheinen. Es müßte also z. B., einmal bestellt, ebenso unabhängig von der Dauer des dem stellvertretenden Pfandgläubiger zustehenden Pfandrechts, wie im anderen Falle von der Dauer des dem Procurator ertheilten Mandats sein. Ueberhaupt, keiner von den dem Afterpfandrecht eigenthümlichen Sätzen würde von dieser Theorie aus seine Erklärung finden.

1) A. a. O. S. 7.
2) Vgl. Dernburg S. 476 Note 4.
3) A. a. O. S. 402 ff.

Höchſt eigenthümlicher Art ſind die Gründe Huſchke's.[1]) Wir haben oben geſehen, daß er meint, das Pfandrecht ſtehe nicht im Vermögen des Pfandgläubigers; hier hören wir, „die „Pfandſache ſelbſt gehöre ihm, inſofern ſie durch Beſitz und Ver„kauf ihm Sicherheit für ſeine Forderung gewährt," denn „in „der Verpflichtung einer Sache iſt das Principale nicht die Ver„pflichtung, die als Principales ſtets ein ſelbſtſtändiges Individ„uum vorausſetzt, ſondern die Sächlichkeit des Objects, welches „hier nur verpflichtungsweiſe dem Berechtigten gehört." Beweis hiefür ſei die utilis rei vindicatio, condictio furtiva und andere Klagen, die dem Pfandgläubiger ebenſo wie dem Eigenthümer zuſtehen. Dennoch iſt die Pfandſache, wie, allerdings ganz richtig, ſogleich[2]) hinzugefügt wird, nicht in bonis des Pfandgläubigers, und dennoch ſoll ferner, wie es ebenfalls ſogleich an demſelben Orte heißt, die Afterverpfändung eine Ceſſion des dem Afterverpfänder zuſtehenden Pfandrechts, alſo nicht Conſtituirung eines neuen Pfandrechts an der Sache ſein, wie man nach Huſchke's Ausführungen[3]) erwarten ſollte.

Schon dieſe Zuſammenſtellung der Sätze Huſchke's läßt m. E. ihre Unhaltbarkeit zur Genüge hervortreten.

Das letzte, und verhältnißmäßig beſte, Argument, das die Gegner für ihre Anſicht vorbringen, iſt endlich der Ausdruck der Quellen. Es heißt in denſelben allerdings, die Pfandſache ſelbſt werde weiter verpfändet,

l. 13 §. 2 D. de pign. (20, 1):
quum pignori rem pignoratam accipi posse placuerit — —

l. 14 §. 3 D. de div. praescr. (44, 3):
— si mihi pignori dederis et ego eandem rem alii pignoravi — —

l. 1 C. si pign. pignori (8, 24):
Etiam id, quod pignori obligatum est, a creditore pignori obstringi posse — —

1) A. a. O. S. 223 ff.
2) S. 224.
3) S. 221.

Doch kann uns dieſes Beweismittel allein wegen ſeiner ſchon früher hervorgehobenen Trüglichkeit nicht überzeugen. Wir haben ſchon oben bei der Lehre von Verpfändung der Superficies und Emphyteuſe geſehen, daß der Ausdruck der Quellen zwar nicht ein unrichtiger, aber doch ein theoretiſch ungenauer war. Ganz ebenſo hier: er trifft die äußere Erſcheinungsform, nicht das Weſen der Sache. Der Afterpfandgläubiger erwirbt nämlich durch die Afterverpfändung eines Sachenpfandrechts, wie unten näher begründet werden wird, eine utilis rei vindicatio, ebenſo wie der erſte Pfandgläubiger, dem die Sache ſelbſt verpfändet iſt. Dem Afterpfandrecht entſpringt alſo ebenſo wie dem an der Sache ſelbſt conſtituirten Pfandrecht das Recht auf unmittelbare Herrſchaft über die Sache, das Recht dieſelbe zu beſitzen. Dem Afterpfandrecht entſpricht alſo ebenſo wie dem Pfandrecht an der Sache als Ausübung die völlige factiſche Herrſchaft über die Sache; der Afterpfandgläubiger beſitzt die Sache, nicht irgend ein Recht, er vindicirt die Sache, nicht etwa das ihm verpfändete Pfandrecht an derſelben. Er übt ferner ſein Afterpfandrecht im Verkauf der Sache, nicht etwa in dem Verkauf des Pfandrechts aus. Aeußerlich erſcheint das Afterpfandrecht alſo völlig mit denſelben Wirkungen wie das Pfandrecht an der Sache. Dieſe Wirkungen des Afterpfandrechts beſtimmten die Ausdrucksweiſe der römiſchen Juriſten. Sie nannten das Object, das als Gegenſtand der der Afterverpfändung entſpringenden actio hypothecaria, überhaupt als Gegenſtand der Ausübung des Afterpfandrechts erſchien, unmittelbar Gegenſtand der Afterverpfändung. Dazu kommt noch, daß die Quellen überall den Fall vor Augen haben, wo der Afterverpfändungsvertrag in der Beſitzübertragung der dem Afterverpfänder verpfändeten Sache ſeinen Ausdruck findet (ähnlich wie bei Conſtituirung eines Sachenfauſtpfandes), ein Grund mehr, von einem pignori dare rem pignoratam zu ſprechen.[1])

Wenn wir jetzt dazu ſchreiten, von unſerem Standpunkte aus dieſe Theorie, deren Begründung bisher beleuchtet iſt, poſi-

1) Vgl. Dernburg S. 478 und Schmid S. 144. 145.

tiv zu widerlegen, ſo ſoll noch davon abgeſehen werden, daß dieſelbe gegen den Grundſatz verſtößt, daß nur der Eigenthümer rechtsgültig verpfänden kann; man möchte uns hier petitio principii vorwerfen[1]); das Hauptgewicht unſerer Gegendeduction fällt darauf, daß von der bekämpften Anſicht aus die Lehre vom Afterpfandrecht ſich jeder juriſtiſchen Begründung entzieht.

Zwei Sätze, die übrigens beide allgemein anerkannt ſind, werden wir unten als beſonders wichtig für die Lehre vom Afterpfandrecht kennen lernen. Der eine iſt, daß mit dem Untergange des dem Afterverpfänder zuſtändigen Pfandrechts auch das Afterpfandrecht untergeht, der andere, daß der Afterpfandgläubiger in Geltendmachung ſeines Afterpfandrechts die Grenzen des dem Afterverpfänder zuſtändigen Pfandrechts nicht überſchreiten darf. Von unſerer Anſicht aus werden beide Sätze ſich ſpäter als Conſequenzen ergeben; von der gegneriſchen Theorie aus ſind ſie völlig unerklärbar. Falls nämlich das dem Afterverpfänder zuſtändige Pfandrecht denſelben zur Conſtituirung eines zweiten Pfandrechts an demſelben Object berechtigt, ſo iſt nicht zu erſehen, weshalb dies zweite Pfandrecht nachträglich untergehen ſoll, wenn das erſte aufhört, alſo eigentlich der erſte Pfandgläubiger nur die Autoriſation verliert, noch neue Pfandrechte auf die Sache zu legen. Der Grund, der von gegneriſcher Seite zur Erklärung angeführt wird, iſt unbefriedigend genug. Man beruft ſich auf den Satz: resoluto jure dantis resolvitur et jus accipientis.[2]) Hienach würde die angezogene Rechtsregel ſagen, das Fortbeſtehen eines jeden Rechts wäre davon abhängig, daß diejenigen Vorausſetzungen in der Perſon des Conſtituenten fortdauerten, welche ihn befähigten, dies Recht zu begründen, eine Conſequenz, an welche nur erinnert zu werden braucht, um die falſche Anwendung, welche die Gegner von jener Regel machen, ſofort darzulegen.[3]) Im Ge-

1) Sintenis Streitfr. S. 35. Pfandrecht S. 168.

2) So Trotſche S. 59. Huſchke a. a. O. S. 233. Früher ſchon Baldus ad l. 1 C. si pign. pignori (8, 24), Gothofredus, in ſeiner Ausgabe des Corpus juris glossatum, ad l. 13 §. 2 D. de pign. (20, 1) und ad l. 40 §. 2 D. de pign. act. (13, 7).

3) Vgl. z. B. l. 1 §. 2 D. de pign. (20, 1).

gentheil erklärt dieſer Satz den Untergang des Afterpfandrechts durch Untergang des Pfandrechts des Afterverpfänders nur für den Fall, wenn das letztere in Folge einer Reſolutivbedingung nachträglich wegfällt.[1]) Das Afterpfandrecht fällt aber auch zuſammen, falls das Pfandrecht des Afterverpfänders auf irgend eine andere Weiſe untergeht, namentlich durch Zahlung des Schuldners, der dem Afterverpfänder ſein Pfandrecht beſtellt hatte, an dieſen Afterverpfänder.[2]) Durch Zahlung des Schuldners wird das Pfandrecht des Gläubigers aber nicht etwa ſo getilgt, daß es als niemals vorhanden geweſen angeſehen würde, ſondern es erreicht nur einfach ſein Ende. Das in Folge dieſes Pfandrechts urſprünglich einmal gültig an der Sache conſtituirte Pfandrecht müßte demnach alſo, weil die Bedingungen ſeiner Entſtehung nicht rückwärts weggefallen ſind, entſchieden beſtehen bleiben. Man ſieht, daß die Theorie der Gegner hier ſehr unbefriedigt läßt.

Dem andern Satz, daß das Afterpfandrecht, alſo, nach gegneriſcher Anſicht, das zweite an demſelben Object conſtituirte Pfandrecht, ſich durchaus in den Grenzen des dem Afterverpfänder zuſtändigen Pfandrechts bewegt, ſucht man durch die Ausflucht zu genügen, der Afterverpfänder verpfände die Sache „in den Grenzen ſeines Pfandrechts.“[3])

Das Unbefriedigende dieſer theoretiſchen Anſicht haben wir ſchon einmal hervorheben zu müſſen geglaubt. Die Sache ſoll verpfändet ſein, aber doch nicht mit denjenigen Wirkungen, welche die Verpfändung einer Sache hat. Die Wirkungen ſollen die der Verpfändung eines Rechts ſein, und doch ſoll nicht dies Recht, ſondern eine Sache als verpfändet angeſehen werden.

---

1) Vgl. Puchta, Pandekten §. 142.

2) L. 11 §. 5. l. 40 §. 2 D. de pign. act. (13, 7). l. 13 §. 2. D. de pign. (20, 1). — Zu bemerken iſt, daß die beiden oben citirten Schriftſteller die Forderung nicht für mitverpfändet halten.

3) So z. B. v. Bangerow a. a. O. Ebenſo auch das öſterr. Geſetzbuch §. 454: „Der Pfandinhaber kann ſein Pfand, inſoweit er ein Recht darauf hat, einem Dritten wieder verpfänden, und inſofern wird es zum Afterpfande.“

Die „Verpfändung einer Sache in den Grenzen eines Rechts“ ist etwas logisch Unmögliches. Die Unrichtigkeit der bekämpften Theorie zeigt sich gerade darin am deutlichsten, daß sie zu einem solchen Nothbehelf greifen muß, um sich mit den klaren Aussprüchen der Quellen in Einklang zu setzen.

Andern Inconvenienzen, welche die gegnerische Theorie mit sich bringt, werden wir noch fernerhin begegnen; ich denke, daß das bisher Vorgebrachte genügt, um die Haltlosigkeit derselben und ihre juristische Unmöglichkeit hier darzuthun.

Eine zweite Ansicht, die der unsrigen unmittelbar zuwiderläuft, nämlich die von Hepp[1]) aufgestellte, bedarf nur der Erwähnung. Er meint: „wer ein Pfandrecht zum Afterpfand „giebt, verpfändet damit ein nomen, d. h. eine Forderung“, und zwar „diejenige, welche ihm aus der Constituirung „des Pfandes (ex contractu pignoratitio oder ex pacto „hypothecae) gegen den Pfandbesteller zusteht, und welche „von beiden Seiten durch die actio pignoratitia, und gegen den „Pfandschuldner durch die actio hypothecaria geltend gemacht „werden kann.“

Diese Ansicht, die sich durch ihre Gezwungenheit schon wenig empfiehlt, hat auch von jeher, und mit Recht, keinen Beifall gefunden.[2]) Ich lasse sie darum einfach bei Seite, und wende mich zu einer dritten Theorie, die namentlich noch in neuester Zeit zahlreiche und tüchtige Vertheidiger gefunden hat. Nach derselben soll die Afterverpfändung kein selbstständiges, eigenthümliches Geschäft, sondern nur eine besondere Art der Verpfändung einer Forderung sein. Haben die Partheien von der Verpfändung eines Pfandrechts oder eines Pfandes geredet, so soll Inhalt und Wirkung dieses Geschäfts dahin gehen, daß die Forderung, für die dem Afterverpfänder das von ihm weiter verpfändete Pfand bestellt war, dem Pfandnehmer neben diesem Pfande verpfändet sein solle.

---

1) Archiv für civil. Praxis Bd. 15. S. 87. 88.

2) Vgl. Trotsche a. a. O. S. 157 Note 180. Sintenis, Streitfr. S. 57. 58. Büchel a. a. O. S. 391 ff. u. A.

Die älteſte Jurisprudenz war gegen dieſe Anſicht, die Gloſſe konnte ſchon deshalb zu derſelben nicht kommen, weil ſie in der l. 13 §. 2 D. de pign. (20,1), auf welche ſich dieſe Anſicht namentlich ſtützt, mit den Worten: Sed potest dubitari, einen neuen Paragraphen anfing, mit der Bemerkung:

> Et mutat hic casum; supra species fuit obligata, hic autem nomen.

Bartolus iſt in ſeiner Erklärung der l. cit. über dieſen Punkt ſchon zweifelhaft, non sum bene clarus de hoc; doch entſcheidet er ſich gegen die Anſicht, daß die Forderung mitverpfändet ſei, ebenſo Salicetus, zu derſelben Stelle, quaestio 3. Fulgoſius, ad l. cit., in fine, trat für dieſelbe auf; doch ward die Anſicht nicht die herrſchende, wie Mudäus[1]) berichtet.[2]) Auch ſpäter finden ſich noch Zeugniſſe, welche die aufgeworfene Frage entſchieden verneinen, ſo bei Tuſchi, Mevius an den in der Einleitung angeführten Stellen, ebenfalls in der daſelbſt citirten Sentenz der Erfurter Juriſtenfacultät. Doch deducirt andererſeits ſchon Berlich wieder in ſeinen conclusiones a. a. O.: si creditor bona sibi oppignorata alteri cuidam pignori dat, tunc hoc nihil aliud est, quam oppignoratio nominis, und endlich Weſtphal[3]) und Glück[4]) ſtellen die bejahende Anſicht als die unzweifelhaft herrſchende und richtige dar.

In neuerer Zeit iſt die Frage zu einer der am lebhafteſten behandelten Streitfragen geworden. Die meiſten, namentlich die neueſten Schriftſteller, ſind für die Anſicht, daß durch die Afterverpfändung die Forderung, für die das verpfändete Pfand beſtellt war, mitverpfändet werde, ſo Schweppe[5]), Geſterding[6]),

---

1) l. cit. n. 20.

2) Vgl. Donellus l. cit. cap. 8. Negusantius l. cit. pars 2 membr. 3 n. 28. Balduinus l. cit. cap. 12. 14.

3) Pfandrecht §. 144.

4) Bd. 14. S. 60.

5) Röm. Privatr. Bd. 2. §. 340.

6) Ueber die Schuldverbindlichkeit als Object des Pfandrechts, S. 22 ff. Lehre vom Pfandrecht, 2. Aufl. S. 78 ff.; namentlich Ausbeute von Nachforſchungen, Bd. 4. Abth. 1. S. 204 ff.

Mühlenbruch[1]), Sintenis[2]), v. Löhr[3]), Hoffmann[4]), Buchka[5]), v. Vangerow[6]) und in neueſter Zeit noch Dernburg[7]) und Schmid.[8]) Gegen dieſe Anſicht haben ſich namentlich erklärt Huſchke[9]), Gaupp[10]), Hepp[11]), Trotſche[12]), Büchel[13]), Puchta[14]), Arndts[15]), Brinz[16]) und Windſcheid.[17]) Ich muß den Letzteren völlig beitreten.

Bei meiner Deduction gegen die Anſicht, daß die Forderung mitverpfändet ſei, will ich mich gar nicht darauf berufen, daß ſie den Partheien einen anderen Willen octroyirt, als dieſelben erſichtlich bei Eingehung des Geſchäftes gehabt haben, — denn dieſe wollten nur das Pfandrecht, nicht die Forderung verpfänden, — auch das will ich nicht hervorheben, daß dieſe Anſicht das Verhältniß zwiſchen Pfandrecht und Forderungsrecht geradezu umkehrt, denn jenes, nicht dieſes iſt das accessorium, und es heißt nur: accessorium sequitur principale, nicht auch umgekehrt. Man liefe Gefahr, daß Einem dabei, wie das Schmid a. a. O. z. B. thut, Spitzfindigkeiten vorgeworfen würden. Auch das Unlogiſche der gegneriſchen Deduction, daß, weil das von den Partheien gewollte Rechtsgeſchäft, nämlich Verpfändung eines bloßen Pfandrechts, ohne Wirkung und Sinn

1) Ceſſion, 3. Aufl. S. 337 ff.
2) Streitfr. S. 39 ff. Pfandrecht S. 171 ff.
3) Archiv f. civ. Praxis, Bd. 14. S. 162.
4) Civ. Verſuche von Fuhr und Hoffmann, Abth. 1. S. 72 ff.
5) De pignore nominis. S. 26 ff.
6) Pandekten 7. Aufl. I. S. 815 u. 816.
7) Pfandrecht I. S. 477 ff.
8) Grundlehren der Ceſſion I. S. 145 ff.
9) de pignore nominis S. 26 ff. Später, Zeitſchr. f. Civilr. und Proceß, Bd. 20. S. 222.
10) de nominis pignore S. 40 ff.
11) Arch. f. civ. Praxis, Bd. 13. S. 372 ff. Ebendaſ. Bd. 15. S. 86. 87.
12) Das Verpfändungsrecht d. Pfandgläubigers, S. 19 ff.
13) Erört. I. S. 402 ff.
14) Pandekten §. 208 Note q; Vorleſ. 4. Aufl. I. S. 437.
15) Pandekten §. 382.
16) Pandekten §. 82 S. 323 ff.
17) Pandekten I. §. 239 Note 16.

ſein würde, ein anderes Rechtsgeſchäft ſubſtituirt werden müſſe, ſoll außer Acht gelaſſen werden. Das Hauptargument gegen die gegneriſche Anſicht liegt in der Behauptung ſelbſt, die ſie aufſtellt, in den Folgerungen, die mit derſelben geſetzt ſind. Iſt nämlich die Verpfändung eines Pfandrechts nur eine beſondere Form des Willensausdrucks für die Verpfändung einer Forderung, ſo wird es eben keine Verpfändung eines Pfandrechts als beſonderes Rechtsgeſchäft, ſondern allein eine Verpfändung einer Forderung geben, die nur in verſchiedener Weiſe herbeigeführt werden kann. Man wird ebenſowenig neben der Forderungsverpfändung von einer Afterverpfändung zu ſprechen haben, wie man von der Verpfändung eines Schuldſcheins als beſonderem Rechtsgeſchäft neben der Verpfändung einer Forderung ſprechen kann. Man müßte denn für jede Art des Willensausdrucks, vermöge deſſen ein Forderungspfand conſtituirt werden kann, ein beſonderes Rechtsgeſchäft ſtatuiren. Dazu kommt, daß das Recht, welches dem Forderungspfandgläubiger in Betreff desjenigen Pfandrechts zuſteht, welches für die ihm verpfändete Forderung beſtellt iſt, durchaus anderer Natur iſt als das Pfandrecht am Pfandrecht, ein Satz, der im §. IV. bewieſen werden wird. Daraus folgt, daß es nach der gegneriſchen Anſicht weder ein beſonderes Rechtsgeſchäft der Afterverpfändung, noch überhaupt ein Recht geben würde, welches den Beſtimmungen der Quellen über das Afterpfandrecht entſpräche. Dieſe Conſequenz widerlegt die bekämpfte Behauptung vollſtändig, denn die Quellen behandeln die Afterverpfändung ganz unzweifelhaft als ein beſonderes Rechtsgeſchäft, und normiren die Rechte des Afterpfandgläubigers auf eine nur dem Afterpfandrecht eigenthümliche Weiſe. Ein beſonderer Titel des Codex handelt von der Afterverpfändung[1]) und mehrere Stellen der Digeſten beſprechen ſpeciell den Fall, si pignus creditor pignori dederit.[2])

Dem entſprechend iſt denn auch weiter, daß die Conſe-

1) Tit. C. si pignus pignori datum sit (8, 24).

2) l. 40 §. 2 D. de pign. act. (13, 7). l. 13 §. 2 D. de pign. (20, 1). l. 14 §. 3 D. de div. praescr. (44, 3). Vgl. auch Trotſche a. a. O. S. 10 Note 11.

quenzen der gegnerischen Ansicht jeder quellenmäßigen Bestätigung entbehren.

So wird in den Quellen nirgends von einer Klage geredet, die dem Afterpfandgläubiger gegen den ersten Schuldner (den Schuldner des Verpfänders) zustehe.[1]) Und doch müßte dies entschieden der Fall sein, falls die Forderung mitverpfändet wäre.

Ferner müßte dem Afterpfandgläubiger unter dieser Voraussetzung das Recht zustehen, durch Denunciation an den Schuldner des Verpfänders zu verhindern, daß dieser durch Zahlung an seinen Gläubiger die Forderung tilge.[2]) Von einem solchen Recht des Afterpfandgläubigers ist in den Quellen aber nirgends die Rede. Im Gegentheil wird in allen Stellen, die vom Afterpfandrecht handeln, mit einer einzigen Ausnahme, vorausgesetzt, daß der erste Schuldner an seinen, also den ersten Gläubiger, Zahlung leiste.

Am deutlichsten ist dies in der l. 14 §. 3 D. de div. praescr. (44, 3) ausgesprochen, wo es heißt:

> Et si mihi pignori dederis, et ego eandem rem alii pignoravi, meus creditor utetur accessione tui temporis — — quamdiu pecuniam mihi non exsolveris — —: sed si pecuniam mihi solveris, hoc casu accessione tua non utetur.[3])

Diese Stelle bedarf keines Commentars. Sie sagt deutlich genug, daß Zahlung des ersten Schuldners an seinen Gläubiger ihn völlig liberirt und das Afterpfandrecht vernichtet. Daß dies der normale Fall sei, geht schon daraus hervor, daß der Jurist der anderen Eventualität, daß der Schuldner nämlich an den Afterpfandgläubiger zahlt, gar nicht gedenkt.

Nicht so bestimmt reden die anderen Stellen; doch läßt

---

1) Vgl. Trotsche a. a. O. S. 20 ff. Hepp a. a. O. Bd. 13. S. 374 ff.

2) L. 4 C. quae res pignori (8, 17).

3) Vgl. zu dieser Stelle Trotsche a. a. O. S. 21. Dernburg, Pfandrecht II. S. 62. Was Sintenis, Streitfr. S. 44 hiergegen vorbringt, hat nicht einmal den Schein einer Widerlegung. Ebenso Mühlenbruch a. a. O. S. 342 Note 218.

ſich auch hier nachweiſen, daß ſie denſelben Fall vor Augen haben. So heißt es in

l. 40 §. 2 D. de pign. act. (13, 7):

— domino solvente pecuniam, quam debuit — —

l. 13 §. 2 D. de pign. (20, 1):

— Quodsi dominus solverit pecuniam, pignus quoque perimitur.

l. 1 C. si pign. pignori (8, 24):

— Quodsi — fuit vestro creditori — ipsa possessio pignorata, et ante exsolutam a domino pecuniam creditor secundus pignus acceptum vendidit, non posse venditionem post soluta pecunia rescindi, — —

l. 2 C. eod.:

— — soluto eo, quod ex hac causa creditori debetur —

Beweiſend iſt hier zunächſt ſchon, daß nicht beſonders hervorgehoben wird, daß der Schuldner einem Anderen als ſeinem Gläubiger gezahlt habe. Die Zahlung an den Gläubiger erſcheint als das Naturgemäße; meinten die Quellen dieſen Fall, ſo iſt es erklärlich, daß ſie die Bezeichnung des Subjects, dem die Zahlung geleiſtet ſein ſolle, für überflüſſig hielten.

Ein beſonderes Gewicht iſt aber auf den in allen dieſen Stellen gleichmäßig wiederkehrenden Ausdruck solvere pecuniam zu legen. Eine wirkliche solutio liegt nur da vor, wo der Schuldner an ſeinen wirklichen Gläubiger das dieſem geſchuldete Object leiſtet. So unterſcheidet die l. 4 C. quae res pignori (8, 17) die von dem Schuldner an ſeinen wirklichen Gläubiger geſchehene solutio von der satisfactio, d. h. von der Leiſtung, die er an den an der Forderung Pfandberechtigten vornimmt. Hier genügt er nur einem Recht, das dem Pfandgläubiger auf Geltendmachung der Forderung zuſteht, dort geht genau diejenige Leiſtung vor ſich, auf welche die Obligation von Anfang an gerichtet war. Die Worte der Stelle ſind:

— ille, cujus nomen tibi pignori datum est (nisi ei, cui debuit, solvit, nondum certior a te de obligatione

tua factus) utilibus actionibus satis tibi facere — compelletur.

Daſſelbe beweiſt eine Stelle aus Marcian's liber singularis ad formulam hypothecariam,

l. 49 D. de solut. (46, 3):

Solutam pecuniam intelligimus utique naturaliter, si numerata sit creditori. Sed et si jussu ejus alii solvitur, vel creditori ejus vel futuro debitori — absolvi debet.

Die Zahlung an einen Dritten iſt alſo eigentlich (naturaliter) keine solutio, ſondern nur unter gewiſſen Bedingungen von gleicher Wirkung: absolvi debet.[1])

Das bisher Geſagte wird noch deutlicher werden, wenn wir mit dieſen Quellenzeugniſſen die andere Stelle vergleichen, welche von der Zahlung des erſten Schuldners an den Afterpfandgläubiger redet. Es iſt dies die l. 11 §. 5 D. de pign. act. (13, 7). Der Juriſt Ulpian erläutert in dieſer Stelle die Vorausſetzungen der actio pignoratitia directa des Pfandſchuldners gegen den Fauſtpfandgläubiger auf Reſtitution des dieſem hingegebenen Fauſtpfandes. Vorausſetzung der Klage war nach dem Edictum perpetuum: solutam esse pecuniam.[2]) Die Interpretation dieſer Worte iſt es, die ihn hier beſchäftigt. So beginnt die l. cit. mit den Worten:

Solutum non videtur, si lis contestata cum debitore sit — —

Die folgenden §§. handeln von der Wirkung der Novation, Acceptilation, Deficienz der Bedingung, pactum de non petendo u. ſ. w., alſo von Aufhebungsgründen der Obligation, die theils ipso jure wirken, wie die solutio, theils ope exceptionis, aber

1) Vgl. l. 8 D. quod cujusque univ. nom. (3, 4): per actiones debitorum civitatis agentibus satisfieri oportet. l. 9 C. quae res pign. (8, 17): — per earum (sc. rerum) exactionem satisfieri tibi promitto. — Petri excepti. II, 40.

2) l. 3 C. de luit. pign. (8, 31): — Edicto perpetuo actione proposita, pecunia soluta creditori, vel si per eum factum sit, quominus solveretur, ad reddenda ea, quae pignori acceperat, jure eum satis evidenter urgeri — — Vgl. Schmid, Ceſſion I. S. 77.

alle die Vorausſetzung des Edicts: solutam esse pecuniam, erfüllen ſollen. Dann heißt es in §. 5 cit. weiter:

> Solutam autem pecuniam, accipiendum, non solum si ipsi, cui obligata res est, sed et si alii sit soluta voluntate ejus — —

Zahlung an einen Dritten, unter Zuſtimmung des Gläubigers, ſoll alſo ebenſowohl die Vorausſetzungen der actio pignoratitia erfüllen, wie ſie umgekehrt nach der l. 49 cit. die actio hypothecaria des Pfandgläubigers vernichtet. Wohl zu beachten iſt, daß der Juriſt gar nicht irgend welche rechtliche Beziehung zwiſchen dem Schuldner und dem Dritten, an den voluntate creditoris gezahlt wird, vorausſetzt. Erſt von dieſer Bemerkung aus ſchreitet er nun zu dem Satze fort, daß demnach auch der erſte Schuldner an den Afterpfandgläubiger mit dieſer Wirkung zahlen könne[1]):

> Undè, si domum conduxeris, et ejus partem mihi locaveris, egoque locatori tuo pensionem solvero, pignoratitia adversus te potero experiri.

Der einzige Grund, den der Juriſt für die Befreiung des an den Afterpfandgläubiger zahlenden Schuldners hervorhebt, iſt alſo, daß er voluntate creditoris an dieſen gezahlt habe; zur Beſtätigung dieſes Satzes meint er ſich noch auf eine Autorität berufen zu müſſen:

> nam Julianus scribit, solvi ei posse.

Mit Julian ſtellt er alſo die Zahlung von Seiten des Schuldners an den Afterpfandgläubiger in deſſen freies Belieben, und bemerkt demnach ſogleich, daß er mit derſelben Wirkung auch zum Theil an dieſen, zum Theil an ſeinen wirklichen Gläubiger zahlen könne:

> et si partem tibi, partem ei solvero, tantundem erit dicendum.[2])

---

1) Daß dieſe Stelle wirklich vom Afterpfandrecht handelt, wird unten bewieſen werden.

2) Wie man ſich gerade auf den Gedankengang dieſer Stelle berufen kann, wie das Schmid a. a. O. S. 154 thut, um zu beweiſen, daß bei Afterverpfändung die Forderung mitverpfändet werde, ſcheint unbegreiflich.

Dieſe ausführliche Begründung des Satzes, daß der erſte Schuldner auch durch Zahlung an den Afterpfandgläubiger ſein Pfand befreie, beſtätigt um ſo mehr, daß, wenn in den oben angeführten Stellen kurzweg vom Untergang des Pfandrechts domino solvente, quodsi dominus solverit pecuniam, die Rede war, dort der normale Fall, daß der Schuldner nämlich an ſeinen wirklichen Gläubiger zahle, vorausgeſetzt wurde.

Der erſte Schuldner tritt alſo durch die Afterverpfändung in gar kein Rechtsverhältniß zu dem Afterpfandgläubiger. Er kann, wie vorher, an ſeinen Gläubiger zahlen; ob er an den Afterpfandgläubiger zahlen will, bleibt völlig auf ſeinen Willen geſtellt. Die Forderung iſt alſo durch die Afterverpfändung nicht mit verpfändet, der Afterpfandgläubiger erhält keine Klage gegen den Schuldner ſeines Schuldners.

Die Beweiskraft der bisher aufgeſtellten Argumente kann auch durch die Ausführungen der Gegner nicht erſchüttert werden.

Ein Hauptgrund, den ſie ihrerſeits anführen, iſt der ſchon oben widerlegte, daß nämlich das Pfandrecht untrennbares Zubehör derjenigen Forderung ſei, für die es beſtellt iſt, daß es allein gar keine Sicherheit zu geben vermöge, daß unſere Anſicht darum gegen die Bedürfniſſe des praktiſchen Lebens verſtoße.[1])

Hiegegen iſt außer dem ſchon oben Erwähnten, nämlich daß Verpfändung keine Abtretung des Pfandrechts, alſo keine Trennung des Pfandrechts von ſeiner Forderung ſei, und daß geringe Sicherung durch das verpfändete Object eine Verpfändung deſſelben nicht ausſchließe, beſonders noch hervorzuheben, daß der Schluß durchaus nicht folgerichtig iſt: weil das verpfändete Object allein noch keine genügende Sicherheit gewähre, müſſe noch ein anderes Object mitverpfändet ſein. Es frägt ſich noch, ob die römiſche Jurisprudenz dem allerdings nicht zu läugnenden praktiſchen Bedürfniß nicht auf eine an-

---

Wird doch hier mit den klarſten Worten dem Schuldner ganz freie Hand gelaſſen, ob er an den Afterpfandgläubiger zahlen will, oder nicht.

1) Dieſer Grund findet ſich bei allen oben für dieſe Anſicht citirten Schriftſtellern; vgl. namentlich Dernburg a. a. O. S. 472 ff. Schmid a. a. O. S. 145 ff.

dere, aber auf einfacher juriſtiſcher Conſequenz beruhende Weiſe entgegengekommen ſei. Daß dem wirklich ſo iſt, werden wir unten ſehen.

Das zweite und letzte Argument, auf das ſich ebenfalls alle unſere Gegner berufen, iſt die l. 13 §. 2 D. de pignoribus (20, 1). Der Juriſt Marcian entſcheidet hier eine bei der Lehre vom Afterpfandrecht von ihm aufgeworfene Frage nach Analogie einer Entſcheidung des Pomponius, die dieſer für den Fall der Verpfändung eines nomen gegeben. Man meint: „Soll dieſe Entſcheidung ſchlüſſig ſein, ſo muß die bei der Ant„wort beſtimmt hervorgehobene Vorausſetzung, daß dem After„pfandgläubiger auch das nomen verpfändet worden, ſtillſchwei„gend ſchon bei der Frage im Sinne gelegen haben. Es muß „für genügend erachtet ſein, von der Verpfändung der res pigno„rata zu ſprechen, um deſſenungeachtet die Vorſtellung einer „gleichzeitigen Verpfändung des nomen hervorzurufen“.[1] Und, ohne dieſe Vorausſetzung fehle es der Demonſtration Marcian's „an aller und jeder gehörigen Verbindung der Gedan„ken“[2], u. ſ. w.

Dies Argument wird alſo zuſammenfallen, wenn wir auch ohne dieſe Annahme die l. 13 §. 2 „ſchlüſſig“ finden können, und „gehörige Verbindung der Gedanken“ nicht vermiſſen. Dieſer Beweis wird unten geführt werden, wo wir geeigneten Orts unſere Erklärung der l. 13 §. 2 cit. geben werden. Andere Argumente, die Schmid S. 155. 156 noch vorbringt, ſind von durchaus untergeordneter Bedeutung. Einzelne von den römiſchen Juriſten behandelte Fragen ſollen nämlich nur unter der Vorausſetzung ſchwierig und zweifelhaft ſein können, wenn man bei der Afterverpfändung die Forderung für mitverpfändet hält. Mit ſolchen Argumenten ſieht es ſtets ſehr mißlich aus, namentlich hier, wo ſo beſtimmte Beweiſe dagegen ſprechen.

Das Reſultat der bisherigen Ausführungen iſt alſo: das Afterpfandrecht iſt ein Pfandrecht an einem Pfandrecht, nicht

1) Schmid a. a. O. S. 146.
2) Mühlenbruch a. a. O. S. 348.

an dem dem Afterverpfänder verpfändeten Object, nicht an der Forderung, die dem Afterverpfänder ex contractu pignoratitio gegen ſeinen Schuldner entſpringt, nicht zugleich ein Pfandrecht an der Forderung, für die das verpfändete Pfandrecht beſtellt war.

Verſuchen wir nun, von dieſem Satz aus, Natur und Begriff des Afterpfandrechts zu entwickeln, ſo kommen wir auch mit den Schriftſtellern, die an ſich dies Dogma mit uns aufſtellen[1]), in Widerſpruch.

Die von den Meiſten vertheidigte Meinung iſt nämlich, die Verpfändung des Pfandrechts enthalte eine (bedingte) Ceſſion deſſelben, genauer ausgedrückt, der actio hypothecaria.[2]) Dieſe Anſicht iſt übrigens eben ſo alt wie die Lehre, die wir behandeln. Alle älteren Schriftſteller, mochten ſie die Sache oder das Recht für afterverpfändet halten, waren doch darin einig, daß Afterverpfändung immer Uebertragung des erſten Pfandrechts ſei, vgl. die in der Einleitung cit. älteren Schriftſteller. Als Vertreter Aller mag nur Einer mit ſeiner Anſicht hier hervorgehoben werden. Bei Carpzow heißt es nämlich in ſeiner jurispr. forens. l. cit. n. 8. — per ejusmodi oppignorationem pignoris ab alio sibi constituti nil amplius in effectu

---

1) Dieſe Schriftſteller ſind unter der großen Zahl, die unſer Thema behandelt haben, nur Huschke, de pignore nominis S. 26 ff. (in der Zeitſchr. f. Civilr. u. Proc. a. a. O. weicht er ſchon wieder von unſerer Anſicht ab, indem er das Object des erſten Pfandrechts dem Afterpfandgläubiger für unmittelbar verpfändet hält), Gaupp, l. cit, Hepp in ſeinem erſten Aufſatz im Archiv f. civ. Praxis, Bd. 13. a. a. O.; Bd. 15. a. a. O. vertheidigt er ſchon eine andere Anſicht (ſ. ob.), Puchta, Arndts und Windſcheid a. a. O. Doch ſind neben dieſen noch die anderen Schriftſteller zu berückſichtigen, die bei dem Afterpfand neben der Forderung auch das Pfandrecht verpfändet ſein laſſen. So Mühlenbruch, Sintenis, v. Löhr, Buchka und Schmid a. a. O.

2) Huschke l. cit. S. 26. Mühlenbruch a. a. O. S. 338. 454. Hepp a. a. O. Bd. 13 S. 352. Puchta, Arndts a. a. O. Windſcheid a. a. O. §. 239 Note 13. Wahrſcheinlich iſt auch Gaupp l. cit. dieſer Anſicht, wie er denn auch in Betreff der Verpfändung von Forderungsrechten mit Mühlenbruch übereinſtimmt; doch ſpricht er ſich nicht näher darüber aus. Ebenſo v. Löhr a. a. O.

agit creditor, quam quod jus suum, in re immobili sibi constitutum, alteri cedat.

Faßt man aber das subpignus, wie das namentlich bei Puchta[1]) deutlich ausgesprochen ist, als eine bedingte Cession der actio hypothecaria, so würde im Moment der Afterverpfändung noch gar kein Recht für den Afterpfandgläubiger begründet werden; die Wirkungen der Afterverpfändung treten aber sofort, intensiv sowohl wie extensiv, ein,

l. 13 §. 2 D. de pignor. (20, 1):

Quum pignori rem pignoratam accipi posse, placuerit, quatenus utraque pecunia debetur, pignus secundo creditori tenetur, et tam exceptio quam actio utilis ei danda est.

Dazu kommt, daß die actio hypothecaria, die dem Afterpfandgläubiger cedirt sein soll, den Inhalt des verpfändeten Pfandrechts bei Weitem nicht erschöpft. Die act. hyp. macht, wie oben schon bemerkt ist, nur das Herrschaftsrecht geltend, das dem Pfandgläubiger über das ihm verpfändete Object zusteht, also die formelle, äußerliche Seite des Pfandrechts. Es fehlt den Gegnern, von diesem Gesichtspunkt aus, jedes Mittel, um das Recht des Afterpfandgläubigers, das Object des ihm verpfändeten Pfandrechts zu veräußern, juristisch zu begründen. Das Afterpfandrecht macht sich ebenso wie jedes andere Pfandrecht mit der actio hypothecaria nur nach außen hin geltend; sein wahrer Inhalt liegt tiefer und deckt sich nicht mit dem Inhalt dieser Klage.

Ferner ist zu bemerken, daß Verpfändung einer Sache weder sofortige noch eventuelle Uebertragung des Eigenthums derselben, Verpfändung von Servituten, Superficies, Emphyteuse u. s. w. weder sofortige noch eventuelle Uebertragung dieses Rechts involvirt; die Verpfändung ist im Gegentheil stets ein Geschäft von selbstständigem Charakter, ein eigenthümliches Recht, das Pfandrecht ins Leben rufend, dessen besondere Natur wir oben kennen gelernt haben. Das Afterpfandrecht erscheint nun nach

1) Vorles. I. S. 436.

der Darstellung der Quellen als Fortbildung des Pfandrechts durch Ausdehnung desselben auf ein neues Object,

l. 13 §. 2. cit.:
Quum pignori rem pignoratam accipi posse placuerit, — —

l. 1 C. si pignus pignori (8, 24);
Etiam id, quod pignori obligatum est, a creditore pignori obstringi posse, jamdudum placuit. —

Die Ansicht der Gegner würde aber dem Pfandrecht am Pfandrecht seinen eigenthümlichen Charakter nehmen. Bestände die Afterverpfändung in Uebertragung des verpfändeten Pfandrechts auf den Pfandnehmer, so würde dieser ja kein Pfandrecht am Pfandrecht, sondern unmittelbar dasjenige Pfandrecht, welches Object der Afterverpfändung ist, selbst haben. Es würde also mit der Afterverpfändung nicht, wie es doch allgemein von allen diesen Schriftstellern angenommen wird, ein Pfandrecht an einem Pfandrecht geschaffen werden können, sondern nur die Möglichkeit gegeben sein, ein Pfandrecht auf einen Andern selbstständig zu übertragen.

Endlich ist nicht einzusehen, warum denn gerade nur beim Afterpfandrecht die demselben entspringende Klage eine cedirte sein sollte. Wie hier der Verpfänder die actio hypothecaria, der Pfandnehmer die actio utilis hyp., so hat z. B. auch bei Verpfändung eines Usufructs der Pfandnehmer die Klage des Verpfänders als utilis, ebenso überhaupt bei jeder Verpfändung von Rechten. Und doch wird Niemand alle diese Klagen als dem Pfandgläubiger cedirt erachten; die actio utilis ist eben nur der Ausdruck der Macht, die dem Pfandgläubiger in Folge seines Pfandrechts, als Inhalt seines Pfandrechts, über das verpfändete Recht zusteht. Mit der Constituirung des Pfandrechts entsteht diese utilis actio, in dem Pfandrecht als solchem ist sie enthalten; nicht etwa ist sie Ausfluß einer wirklichen oder fingirten Cession, die der Pfandbesteller vorgenommen hätte. Sonst würde man z. B. zu der eigenthümlichen Consequenz kommen, daß der Eigenthümer, falls er eine Servitut an seinem

Grundstück verpfändete, eine Klage cedirte, die er selbst gar nicht hatte.

Ruht nun andererseits bei der Verpfändung aller übrigen dinglichen Rechte die actio utilis, wie auch allgemein angenommen wird, nicht auf einer Cession, so ist wieder kein Grund vorhanden, weshalb dies bei der Verpfändung eines Pfandrechts der Fall sein solle, das doch regelmäßig ebenfalls in dinglicher Form erscheint.

Von Seiten der Gegner wird denn auch kein weiterer Grund angeführt, man erklärt einfach diese Auffassung für die „allein juristisch mögliche.“ [1]) Ob dem so sei, wird sich sofort zeigen.

Sintenis [2]) meint allerdings, daß Verpfändung eines Pfandrechts keine Cession sei; doch bringt uns seine eigene von ihm positiv aufgestellte Ansicht nicht weiter. Es sei „ein durch„aus eigenthümliches Geschäft und Uebergang eines Rechts vor„handen, welches in der Zulässigkeit des erstern und seiner An„erkennung in den Gesetzen selbst seinen Grund, und in den„selben, als einem jüngern, lediglich auf Analogie beruhenden „Institut seine Erklärung findet, wenn es befremden sollte, daß „es nicht unter den allgemeinen doctrinellen Gesichtspunkt der „Cession gebracht werden kann.“

Sintenis giebt uns hiemit gar keinen Gesichtspunkt für die Auffassung des Pfandrechts am Pfandrecht.

Buchka a. a. O. weicht allerdings, wie oben schon bemerkt wurde, in Betreff der Verpfändung von Forderungsrechten von der Meinung ab, daß diese eine Cession des Forderungsrechts enthalte; doch unterläßt er eine Anwendung seiner Ansicht auf die Natur des Afterpfandrechts.

Schmid a. a. O. [3]) erklärt sich auch hier, und mit Recht, gegen die Ansicht, daß die actio utilis hypothecaria des Afterpfandgläubigers eine ihm von dem Verpfänder cedirte Klage sei; doch kann ich der Ansicht, die er seinerseits aufstellt, nicht

1) Buchka a. a. O.
2) Streitfr. S. 37. 38. Pfandrecht S. 170. 171.
3) Vgl. namentlich S. 157 ff.

beitreten. Schon oben habe ich zu beweiſen geſucht, daß ſeine Anſicht, das Pfandrecht begründe „eine pfandrechtliche Succeſ„ſion in das betreffende Recht des Verpfänders“ unrichtig ſei. In der Conſequenz, die er hier für das Weſen des Pfandrechts am Pfandrecht ziehen muß, zeigt ſich das Ungenügende derſelben noch deutlicher. Es heißt bei ihm [1]), das Afterpfandrecht entſtehe, „indem der Gläubiger ein zur Sicherung einer perſön„lichen Forderung ihm beſtelltes Pfandrecht dergeſtalt innerlich „zertheilt, daß er den zur Sicherung einer zweiten perſönlichen „Forderung geeigneten Beſtandtheil auf einen neuen Pfandgläu„biger überträgt und nur den Ueberreſt als eigentlichen nach „Wiederergänzung ſtrebenden Kern im eignen Vermögen zurück„behält. Es greift eine doppelte pfandrechtliche Succeſſion „Platz, einmal des erſten Pfandgläubigers in das Recht des „Verpfänders, ſodann des zweiten Pfandgläubigers in das Recht „des erſten Pfandgläubigers — —. Das verpfändete Recht iſt „gleichſam nach Wurzel, Stamm und Zweigen unter die Vermögen „des erſten Verpfänders, des erſten Pfandgläubigers und des zweiten „Pfandgläubigers vertheilt, bis ſich nach Beſeitigung des zweiten „Pfandgläubigers Zweige und Stamm beim erſten Pfandgläu„biger und nach Beſeitigung auch des erſten Pfandgläubigers „alle Beſtandtheile bei dem erſten Verpfänder wieder ver„einigen.“

Das Künſtliche dieſer Auffaſſung ſpringt leicht in die Augen, namentlich wenn man das vorher [2]) von demſelben Schriftſteller über den Begriff des Pfandrechts im Allgemeinen Geſagte hinzunimmt, daß nämlich durch die „pfandrechtliche Succeſſion“ immer nur „der zur Sicherung einer Forderuug geeignete Theil“ des verpfändeten Rechts „vom Auctor auf den Nach„folger übergeht, der Reſt aber, als eigentlicher Kern mit „dem Triebe, das Getrennte wieder an ſich zu ziehen, „im Vermögen des Auctor zurückbleibt.“ Wenn demnach ſchon das verpfändete Pfandrecht von dem ihm unterliegenden

1) S. 141. 142.
2) S. 97.

Recht nur denjenigen Theil in ſich aufnimmt, der zur Sicherung einer Forderung tauglich iſt, ſo iſt ſchwer zu erſehen, wie von dem Inhalt des ſeinerſeits verpfändeten Pfandrechts noch ein „Kern", oder „Stamm", oder überhaupt noch Etwas übrig bleiben ſoll, falls ein anderes Pfandrecht wieder von ſeinem Inhalt denjenigen Theil in ſich aufnimmt, der zur Sicherung einer anderen Forderung dienen kann. Das Gleichniß, daß das verpfändete Recht ſich nach Wurzel, Stamm und Zweigen unter die verſchiedenen Intereſſenten vertheile, iſt und bleibt nur ein Gleichniß, und vermag eine juriſtiſche Vorſtellung nicht abzugeben.

Auch beſteht nach Schmid's Anſicht[1]) das Pfandrecht lediglich in der actio hypothecaria, Afterverpfändung iſt nach ihm darum auch eigentlich nur eine „Verpfändung der Pfandklage"[2]), oder, mit ihm, das Afterpfandrecht nur eine eigenthümliche Succeſſion in die act. hyp. des Verpfänders. Das Veräußerungsrecht des Afterpfandgläubigers, das wichtigſte der ihm zuſtehenden Befugniſſe, bleibt demnach auch von ſeinem Standpunkt aus juriſtiſch unbegründet.

Die ganze Theorie Schmid's fällt endlich als Conſequenz ſeiner eigenthümlichen oben ſchon widerlegten Anſicht vom Weſen des Pfandrechts zuſammen.

Jetzt erſt können wir zu der Darſtellung unſerer eigenen Anſicht vom Weſen des Afterpfandrechts ſchreiten. Der Kern derſelben wird durch den Gegenſatz gegen die bisher bekämpften Anſchauungen noch beſtimmter und deutlicher hervortreten.

Das Pfandrecht wirkt ſeiner Form nach unmittelbare Unterwerfung ſeines Objects. Iſt dies Object ein Recht, ſo unterliegt daſſelbe ſeinem vollen Inhalt nach dem Willen des Pfandberechtigten. Dieſe Sätze, deren Richtigkeit im §. II. erprobt iſt, finden auch für das Pfandrecht am Pfandrecht Anwendung. Das Afterpfandrecht macht ſich den völligen Inhalt des ihm unterliegenden Pfandrechts, formeller ſowohl wie materieller Art,

1) A. a. O. S. 94.
2) Vgl. S. 141.

unterthan. Das Herrſchaftsrecht, das Verkaufsrecht, welches dem erſten Pfandgläubiger in Folge ſeines Pfandrechts zuſtand, erwächſt dem Afterpfandgläubiger jetzt aus ſeinem Afterpfandrecht.[1]) Er hat das Recht, die dem Afterverpfänder verpfändete Sache zu beſitzen, er hat ebenſo wie der erſte Pfandgläubiger die actio in rem hypothecaria. Aber, und das iſt wohl zu bemerken, er hat alle dieſe Befugniſſe nicht weil er ein Pfandrecht an dieſer Sache hätte, ſondern nur in Folge ſeines Pfandrechts am Pfandrecht. Das Verhältniß iſt genau daſſelbe, nur etwas ſchwieriger zu erkennen, wie bei dem gewöhnlichen Sachenpfandrecht und bei dem Pfandrecht an andern Rechten. Der Sachenpfandgläubiger hat das Recht, die Sache zu beſitzen, ſie zu vindiciren, ſie zu verkaufen, nicht als ob er Eigenthümer der Sache wäre, ſondern lediglich in Folge ſeines ihm an derſelben conſtituirten Pfandrechts. Derjenige, dem ein Nießbrauchsrecht verpfändet iſt, hat das jus utendi fruendi, die actio confessoria, nicht weil der Nießbrauch in ſeinem Vermögen ſtände, ſondern lediglich als Ausdruck ſeines Pfandrechts am Usufructus, u. ſ. w. Ebenſo hier. Wohl hat der Afterpfandgläubiger die actio in rem hypothecaria, das Verkaufsrecht u. ſ. w., aber nicht, als ob die Sache ſelbſt ihm verpfändet wäre, ſondern lediglich, weil ein Pfandrecht, welches alle jene Befugniſſe in ſich ſchließt, ihm durch ſein Afterpfandrecht unmittelbar unterworfen iſt. So iſt denn auch die actio hypothecaria des Afterpfandgläubigers ebenſowohl wie die actio confessoria deſſen, dem ein Uſusfructus verpfändet iſt, wie die rei vindicatio des Sachpfandgläubigers eine actio utilis. Dieſer Ausdruck bedeutet hier ebenſo wie dort, daß die angeſtellte Klage nur Ausfluß eines Pfandrechts an dem geltend gemachten Recht, an der eingeklagten Sache iſt, daß Recht ſowohl wie Sache in dem Vermögen des Klägers ſich nicht befinden. Noch deutlicher wird dies für das Sachenpfandrecht durch den andern Namen: actio in rem hypothecaria, den die Klage des Sachpfandgläubigers auch führt.

1) Die nähere Betrachtung und Begründung der Rechte des Afterpfandgläubigers wird ſpäter erfolgen.

Ebenſo hätten die Römer für den Nießbrauchspfandgläubiger auch von einer hypothecaria confessoria, für den Forderungspfandgläubiger von einer hypothecaria in personam, für den Afterpfandgläubiger, falls nicht die Geſetze des Wohlklangs widerſtrebt hätten, von einer hypothecaria hypothecaria actio ſprechen können.

Andererſeits ſoll die Form des unterworfenen Objects beſtimmen, ob das Pfandrecht in dinglicher oder perſönlicher Form wirkt, denn das Pfandrecht als ſolches iſt weder an die eine, noch an die andere Form gebunden. Dies giebt die Conſequenz, daß auch das Pfandrecht am Pfandrecht, alſo das Afterpfandrecht als ſolches noch keine beſtimmte Form hat. Dingliche oder perſönliche Form des Afterpfandrechts wird ſich nach dem Object beſtimmen, das dem verpfändeten Pfandrecht unterliegt. Das Afterpfandrecht hat alſo eben ſo viele Formen, wie ſie das Pfandrecht überhaupt haben kann, es wird in ſeinen Wirkungen nach außen verſchieden ſein, je nachdem das verpfändete Pfandrecht ein Sachenpfandrecht oder ein Pfandrecht an Rechten iſt, und zwar an dinglichen oder an perſönlichen Rechten. Wir werden darum ſpäter in der Lehre von den Wirkungen des Afterpfandrechts dieſe verſchiedenen Formen deſſelben unterſcheiden müſſen.[1]) In den Quellen finden ſich nähere Beſtimmungen nur über das Pfandrecht am Sachenpfandrecht; für die Darſtellung der anderen Arten des Afterpfandrechts ſind wir alſo rein auf die juriſtiſche Conſequenz angewieſen. Hier wird die oben gegebene Darſtellung von den Wirkungen des Pfandrechts, falls ihm Rechte der verſchiedenſten Art unterworfen ſind, von unmittelbarer Wichtigkeit.

---

1) Demnach iſt es allerdings nicht genau, wenn man, wie gewöhnlich, von der Afterverpfändung bei Gelegenheit der Verpfändung der jura in re ſpricht, nur aus einem andern Grunde, als dem von Hepp, Archiv, Bd. 15. S. 88 angeführten. Trotſche meint a. a. O. S. 1 Note 2, man könne von unſerer Anſicht aus nicht „auf die Unterſcheidung der subpignoratio rerum corporalium und nominum kommen.“ Das im Text Geſagte beweiſt das Gegentheil; ebenſo iſt dadurch auch die Bemerkung von Brinz, Pandekten I. S. 326 widerlegt.

Der Inhalt des Afterpfandrechts muß hier wegen der Eigenthümlichkeit ſeines Gegenſtandes ſich beſonders geſtalten. Jedes Pfandrecht beſteht ſeinem Weſen nach in dem Recht *auf* den Vermögenswerth ſeines Objects; das Pfandrecht am Pfandrecht wird alſo das Recht auf den Vermögenswerth eines Pfandrechts, d. h. alſo eines Rechtes auf den Vermögenswerth eines Objects ſein. Das Afterpfandrecht iſt alſo ſeinem Weſen nach dem Forderungspfandrecht völlig gleichgeartet. Wichtige Conſequenzen dieſes Umſtandes werden ſich ſpäter zeigen; hier werden wir ſehen, wie der Inhalt des Afterpfandrechts ſich ganz auf dieſelbe Weiſe geltend macht, wie der des Forderungspfandrechts. In den Fällen, wo dingliche Rechte verpfändet waren, war der Inhalt des Pfandrechts dem Inhalt der verpfändeten Rechte weſentlich fremd. Der Uſufructuar, der Emphyteuta, Superficiar hätten allerdings ihr Recht veräußern und damit an Stelle ihres Rechts den Vermögenswerth deſſelben ſetzen können; doch war eine ſolche Veräußerungsbefugniß nicht *Inhalt* ihres Rechts, ſondern nur *Conſequenz* des Umſtandes, daß ſie über das in ihrem Vermögen ſtehende Object beliebig disponiren konnten. Ebenſowohl hätten ſie das ihnen zuſtehende Recht beliebig ſchenkungsweiſe übertragen oder vernichten können. So wenig wie hier durch eine ſolche Handlung, hätten ſie dort durch die Veräußerung ein beſonderes *Recht ausgeübt*. Zu dieſen Rechten tritt das Pfandrecht mit einem durchaus verſchiedenen Inhalt ausgerüſtet hinzu. Seinen weſentlichſten Inhalt, ſein Streben nach dem Vermögenswerth ſeines Objects, kann es durch bloße Ausübung dieſer Rechte nicht befriedigen, ebenſowenig wie beim Sachenpfandrecht durch bloßen Beſitz der Sache. Das Pfandrecht bedarf hier eines beſondern Mittels, um ſeinen Zweck zu erreichen; es findet dies in dem *Verkaufsrecht*, welches es aus ſeinem eigenen Inhalt heraus ſelbſtſtändig producirt. Anders bei dem Forderungsrecht und dem Pfandrecht. Dieſe Rechte ſelbſt ſind *auf* einen Vermögenswerth gerichtet; in ihrer eigenen Ausübung ſetzen ſie ihren Vermögenswerth aus ſich heraus. Das Pfandrecht bedarf hier darum keines beſonderen Mittels, um ſeinen Zweck zu erreichen; es findet dies Mittel

ſchon vor in dem Object ſelbſt, das ihm unterliegt. Es braucht aus ſeinem eigenen Inhalt heraus nicht mehr ſelbſtſtändig ſchöpferiſch zu ſein; es genügt ihm hier, die Kräfte des ihm unterworfenen Rechts zu ſeinen Zwecken zu verwenden. Form und Inhalt des Pfandrechts wirken hier demnach auf dieſelbe Weiſe; in der Ausübung ſeiner ihm über ſein Object zuſtehenden Herrſchaft vermag es ſeinen Inhalt zu befriedigen.

So tritt ſchon bei der Verpfändung von Forderungsrechten die Befugniß des Pfandgläubigers, die Forderung zu veräußern, zurück; als zunächſt liegende und normale Wirkung des Pfandrechts erſcheint das Recht des Pfandgläubigers, vermöge der der Forderung entſpringenden Klage den Vermögenswerth der Forderung herzuſtellen,

l. 18 pr. D. de pign. act. (13, 7):

Si convenerit, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit, tuenda est a Praetore haec conventio, ut et te in exigenda pecunia, et debitorem adversus me, si cum eo experiar, tueatur.

Bei der Verpfändung des Pfandrechts fällt jede Möglichkeit der Veräußerung des Objects, an dem das Pfandrecht conſtituirt wird, hinweg. Das Mittel, welches das Pfandrecht ſonſt aus ſich ſelbſt nahm, um ſeinen Inhalt zu befriedigen, verſagt ihm hier darum gänzlich, es bleibt ihm allein, ſich der Mittel zu bedienen, die es in ſeinem Object ſelber vorfindet. Auch genügt ihm dies völlig. Der Proceß, vermöge deſſen das verpfändete Pfandrecht in ſeiner eigenen vollen Ausübung und Befriedigung untergeht, ſteht hier völlig demjenigen gleich, der ſich z. B. beim Sachenpfandrecht in dem Verkauf der Sache durch den Pfandberechtigten vollzieht. Dort wie hier ſcheidet das verpfändete Object aus dem Vermögen des Verpfänders aus; dort wie hier bleibt der Vermögenswerth deſſelben zurück, um dem an jenem Object Pfandberechtigten die Befriedigung ſeines Pfandrechts zu gewähren. Die Durchführung des bisher Geſagten an einem concreten Falle wird meine Meinung noch deutlicher machen. Eine Sache, die 100 werth iſt, iſt dem A für eine Forderung auf 75 verpfändet; er afterverpfändet dies ſein

Pfandrecht an den B für eine Forderung auf 50. Das Pfandrecht des A richtet ſich hier auf $^3/_4$ des Vermögenswerthes der Sache; das Pfandrecht des B auf $^2/_3$ des Vermögenswerthes des dem A zuſtändigen Pfandrechts. B verkauft die Sache. In dieſer Handlung übt er das dem A an derſelben zuſtändige Pfandrecht vermöge der Macht aus, die ſein Afterpfandrecht ihm über dies Pfandrecht gewährt. Von den 100, die er für die Sache erhält, repräſentiren 75 ihm den Vermögenswerth des ihm verpfändeten Objects; von dieſen 75 behält er 50 zu ſeiner eigenen Befriedigung zurück; die übrigen 50 hat er als hyperocha dem A zu reſtituiren. Der Afterpfandgläubiger übt alſo mit dem Verkauf der Sache nicht ein ihm an derſelben zuſtehendes Pfandrecht, ſondern ſein Pfandrecht an dem Sachenpfandrecht aus, und er ſtellt ferner durch denſelben für ſich genau genommen nicht ſo ſehr den Vermögenswerth der Sache, als vielmehr den Vermögenswerth des ihm verpfändeten Pfandrechts her. Hieraus folgt namentlich, daß er in Verwendung des Kaufpreiſes für ſeine eigene Befriedigung nie den Geldwerth überſchreiten darf, auf den das verpfändete Pfandrecht ſich richtet, ein Satz, den der Juriſt Marcian in der l. 13 §. 2 D. de pign. (20, 1) mit den Worten ausdrückt:

> quatenus utraque pecunia debetur, pignus secundo creditori tenetur.

Dennoch hat der Afterpfandgläubiger ſtets das Recht, die ganze dem verpfändeten Pfandrecht unterliegende Sache zu veräußern, weil dem verpfändeten Pfandrecht die ganze Sache, und dem Afterpfandrecht das ganze erſte Pfandrecht unterliegt, obgleich das Afterpfandrecht ſeinem Inhalt nach ſich auch hier nur auf denjenigen Theil des Vermögenswerthes ſeines Objects richtet, der dem Vermögenswerth der Forderung, für die das Afterpfandrecht beſtellt war, gleichkommt. Auch hier hat die perſönliche pignoratitia actio die Aufgabe, ausgleichend und vermittelnd einzutreten.

Die weitere Entwickelung und Begründung der aus dem hier aufgeſtellten Begriff des Afterpfandrechts fließenden Folgeſätze wird die Aufgabe ſpäterer Paragraphen ſein.

So viel möchte nach dem Bisherigen ſich gezeigt haben, daß der von uns aufgeſtellte Begriff des Pfandrechts in den verſchiedenſten Arten ſeiner Anwendung Probe gehalten hat. Wir haben ihn ohne irgend welche Modification durch die mannigfaltigſten Formen durchführen können, und, hoffe ich, aus demſelben hie und da über manche eigenthümliche Erſcheinung in der Lehre vom Pfandrecht Aufſchluß erhalten. Namentlich hat er uns auch in der Begriffsbeſtimmung des Pfandrechts am Pfandrecht nicht im Stich gelaſſen, ein Punkt, an dem wir mit keiner der herrſchenden Theorieen ausreichen. Setzt man den Inhalt des Pfandrechts mit Puchta, Arndts u. ſ. w. in das Verkaufsrecht: hier finden wir ein Pfandrecht an einem unverkäuflichen Object. Erklärt man mit Büchel das Pfandrecht für eine obligatio rei, ſo wiſſen wir ſchon bei der Verpfändung von Rechten überhaupt nicht auszukommen. Am wenigſten reichen wir aber mit dieſer Definition für die Begriffsbeſtimmung des Pfandrechts am Pfandrecht aus. Iſt z. B. ein Sachenpfandrecht afterverpfändet, ſo müßte dem erſten Pfandrecht gegenüber die Sache als persona obligata, dem Afterpfandrecht gegenüber dieſe obligatio rei als verpflichtete perſonificirte Schuldnerin gedacht werden.

So hat denn auch z. B. Windſcheid[1]) ſchon bei Gelegenheit der Afterverpfändung von einem „Pfandrecht im weiteren Sinne“ geſprochen, deſſen Inhalt nicht im Verkaufsrecht aufginge, doch ohne deshalb die Definition des Pfandrechts[2]) zu ändern. Auch führt er nicht weiter aus, worin denn der Inhalt des Pfandrechts „im weiteren Sinne“ beſtehe. Meines Ermeſſens iſt der Begiff des hier ſ. g. Pfandrechts „im weiteren Sinne“ der einzige des Pfandrechts überhaupt, und nicht von dem eines Pfandrechts im engeren Sinne zu unterſcheiden. Der Begriff des Pfandrechts iſt ſtets derſelbe, nur die Art ſeiner Anwendung beſtimmt ſich nach der Beſchaffenheit ſeines Objects. —

Mit dem Bisherigen haben wir jetzt den erſten grundlegen-

1) A. a. O. §. 239 Note 14.
2) A. a. O. §. 224.

den Theil unſerer Arbeit vollendet: der Begriff des Afterpfandrechts iſt feſtgeſtellt. Für die Mühe und den Raum, den wir dieſen Ausführungen haben widmen müſſen, muß uns die Sicherheit der Grundlage, die wir für dieſen Begriff, und damit für den ganzen folgenden Theil gewonnen haben, entſchädigen.

Wir wenden uns jetzt zu dem beſonderen Theil, in den die Lehre von Entſtehung, Endigung und Wirkung des Afterpfandrechts fällt.

IV.

Entstehung des Afterpfandrechts.

Die Entstehungsgründe des Pfandrechts am Pfandrecht sind dieselben, wie für jedes andere Pfandrecht. Es liegt in der Natur des Afterpfandrechts kein Grund, hier irgendwo abzuweichen.

So auch die gemeine Meinung.

Es könnte demnach, wie es auch meistens geschieht, dieser Punkt in der Lehre vom Afterpfandrecht mit Stillschweigen übergangen werden. Nur eine Behauptung Trotsche's[1]) macht eine nähere Besprechung nothwendig. Er sucht nämlich zu beweisen, daß das Afterpfandrecht nur durch specielle Convention zu Stande kommen könne. Sein Grund für diese Ansicht fließt aus seiner eigenthümlichen Anschauung vom Wesen des Afterpfandrechts. Nach ihm soll nämlich, wie oben schon bemerkt wurde, das subpignus ein zweites von dem Afterverpfänder auf das ihm verpfändete Object gelegtes Pfandrecht sein. Von diesem Gesichtspunkt aus zieht er folgende Schlüsse: „Das Gesetz „und der Richter legt ein Pfandrecht nur auf diejenigen Sachen, „welche wirkliche Vermögenstheile des Schuldners sind, und das „pignus voluntarium generale ergreift gleichfalls bloß die bona „des Verpfänders, zu ihnen ist nun freilich das Pfandrecht, „welches derselbe an der fremden Sache hat, aber nicht diese

1) A. a. O. S. 16.

„res aliena ſelbſt zu rechnen, und wir beſchäftigen uns hier mit „der Entſtehung eines Pfandrechts an der dem Schuldner nicht „gehörigen Sache durch eine Handlung deſſelben, durch das Ge„ſetz oder den Richter."

Hier ſtehen wir an einem Punkte, wo Trotſche ſeine ganze Theorie Preis giebt. Eben erſt haben wir bei ihm geleſen, der Sachenpfandgläubiger könne ein Pfandrecht an der ihm verpfändeten Sache errichten, obgleich er nicht Eigenthümer ſei; hier hören wir, Geſetz und Richter könnten kein subpignus an der Pfandſache begründen, weil der Pfandgläubiger nicht Eigenthümer ſei. Entweder muß der letzte Grund, wie das unſere Anſicht iſt, auch die Möglichkeit einer Verpfändung der Sache durch den Pfandgläubiger widerlegen, denn auch hier gilt die allgemeine Regel, daß man nur verpfänden kann, was man in bonis hat; oder es muß, wie das Trotſche's Anſicht ſein müßte, die erſte Ausnahme auch für den zweiten Fall Platz greifen. Beides kann unmöglich richtig ſein. Denn Geſetz und Obrigkeit können nur an denjenigen, aber auch an allen denjenigen Vermögensobjecten ein Pfandrecht conſtituiren, in Betreff deren der, über deſſen Vermögen ſie verfügen, verpfändend hätte disponiren können. Dem Willen des Verpfänders werden Geſetz und obrigkeitliche Verfügung in Vorausſetzung und Wirkung von den Römern durchweg gleichgeſtellt. Dies drücken ſie damit aus, wenn ſie die Legalhypothek auf eine tacita conventio zurückführen, wenn ſie von dem richterlichen Pfandrecht ſagen,

l. 1 C. si in causa jud. (8, 23):

— in vicem justae obligationis succedit ex causa contractus auctoritas jubentis.

Geſetzliches und richterliches Pfandrecht iſt ſogar an manche Beſchränkung des Vertragspfandrechts nicht gebunden; lex und magistratuum auctoritas überwinden z. B. das Veräußerungsverbot der Pupillengüter.[1]) Weshalb nun hier die Verfügungsgewalt des Geſetzes und des Richters geringere Kraft haben

1) Vgl. l. 2. 3 D. de reb. eor. (27, 9).

ſollte, als der Wille des Verpfändenden, iſt nicht zu erſehen. Trotſche's Inconſequenz hat offenbar in der Künſtlichkeit ſeiner ganzen Anſchauung ihren Grund. Die Verpfändungsbefugniß des Pfandgläubigers könnte man ſchon eher mit einigem Scheine durch das ihm zuſtehende Veräußerungsrecht begründen wollen und erklärlich finden. Wo aber Geſetz und Obrigkeit über das Vermögen Jemandes durch Beſtellung eines Pfandrechts disponiren, ſpringt die Unrichtigkeit jener Theorie in ihren Conſequenzen am unmittelbarſten in die Augen; ſie wollen über das Vermögen deſſelben verfügen, und würden doch, wenn man dieſe Theorie durchführen wollte, fremde Vermögensobjecte unmittelbar mit einem Pfandrecht belaſten.

Ebenſo iſt es auch in Betreff des generellen Verpfändungsvertrags, dem Trotſche ebenfalls die Kraft abſpricht, ein Afterpfandrecht in ſeinem Sinne zu erzeugen; dieſer wirkt ebenſo, wie wenn der Verpfänder Alles, was er in dem Augenblick des Vertragsabſchluſſes hätte verpfänden können, wirklich ſpeciell verpfändet hätte. Folglich müßte dieſer auch die Verpfändung der dem Verpfänder verpfändeten Objecte begreifen, und doch wollte der Verpfänder nur ſeine bona verpfänden. Dieſer gegen die Intention der Partheien laufenden Conſequenz konnte Trotſche nur entgehen, wenn er ſeiner eigenen Theorie untreu wurde.

Der einzige Grund, den er für ſeine Behauptungen aufſtellt[1]), iſt, daß die Quellen, wo ſie vom Afterpfandrecht redeten, nur eine Entſtehung deſſelben durch ſpeciellen Vertrag erwähnten. Wenn dem auch ſo wäre, ſo würde dieſer Umſtand doch darum ſein Gewicht verlieren müſſen, weil in der Anwendung des Pfandrechtsbegriffs auf das Pfandrecht am Pfandrecht die Lehre von Wirkung und Erſcheinungsform dieſes Pfandrechts entſchieden die Hauptſache iſt. Die ganze Reihe von Entſtehungsgründen auch für dieſes Pfandrecht hervorzuheben, mußte überflüſſig erſcheinen und als bekannt vorausgeſetzt werden; es genügte, wenn nur keiner von denſelben namentlich

1) A. a. O. S. 26 Note 33.

ausgeſchloſſen wurde. Uebrigens wird ſich zeigen, daß, gegen Trotſche's Anſicht, dennoch in den Quellen auch von einem geſetzlichen Afterpfandrecht die Rede iſt. Trotſche kommt überdies von ſeinem Standpunkt aus in die mißliche Lage, zugeben zu müſſen, daß allerdings durch Geſetz und richterliche Verfügung ein Pfandrecht an einem Pfandrecht entſtehen könne, weil das Pfandrecht ein des Pfandrechts fähiger Beſtandtheil des Vermögens ſei. Natürlich vermißt er für dies Pfandrecht jede geſetzliche Normirung, weil ſein Afterpfandrecht, auf welches er die Stellen des Corpus juris bezieht, ganz anderer Natur ſein ſoll.

Das Afterpfandrecht kann alſo, wie jedes andere Pfandrecht,

erſtens durch Vertrag entſtehen, und zwar entweder ſpeciellen oder generellen. Der ſpecielle Afterverpfändungsvertrag, deſſen Vorausſetzungen dieſelben ſind, wie bei jedem anderen Pfandpactum, wird in den Quellen regelmäßig erwähnt. So

l. 40 §. 2 D. de pign. act. (13, 7):

— si pignus creditor pignori dederit — —

l. 14 §. 3 D. de div. temp. praescr. (44, 3):

Si mihi pignori dederis, et ego eandem rem alii pignoravi — —

l. 2 C. si pign. pignori (8, 24):

Si creditor possessionem, quae a parentibus tuis pignoris jure fuerat obligata, — — alii creditori pignori dedit — —

Bei dem generellen Verpfändungsvertrag fällt unter das, quae habeo habiturusve sum, auch das dem Verpfänder zuſtehende Pfandrecht, als Beſtandtheil ſeines Vermögens.[1])

Die Willenseinigung, durch die der Afterverpfändungsvertrag zu Stande kommt, kann hier, ebenſo wie überall, eine ausdrückliche und eine ſtillſchweigende ſein.

Nur ein Punkt bedarf hier einer näheren Erörterung, der nämlich, ob Verpfändung einer durch ein Pfandrecht geſicherten

1) L. 49 D. de V. S. (50, 16).

Forderung zugleich eine ſtillſchweigende Verpfändung dieſes Pfandrechts enthalte, ob alſo Verpfändung einer ſolchen Forderung neben dem Forderungspfandrecht ein Afterpfandrecht conſtituire. Dieſe im Allgemeinen wenig behandelte Frage ſcheint nach der gemeinen Meinung bejaht zu werden.[1]) Man beruft ſich dabei namentlich auf die Analogie des Satzes, daß da, wo das Forderungsrecht cedirt worden, auch das Pfandrecht als cedirt angeſehen werde[2]) und glaubt um ſo mehr zu dieſem Schluß berechtigt zu ſein, als allgemein angenommen wird, daß Verpfändung einer Forderung eine beſondere Art der Ceſſion derſelben ſei. Es ſei alſo bei Verpfändung der Forderung dieſe mit dem Pfandrecht cedirt, d. h. dieſe mit dem letzteren verpfändet worden.

Die theoretiſche Auffaſſung ſcheint mir hier unrichtig, wenngleich ich im Weſentlichen in den praktiſchen Reſultaten mich einverſtanden erklären muß. Oben habe ich zu beweiſen geſucht, daß Verpfändung einer Forderung keine Ceſſion derſelben ſei (hiemit fällt die theoretiſche Deduction der Gegner); hier muß ich behaupten, daß die utilis actio hypothecaria des Forderungspfandgläubigers nicht Ausdruck eines ihm am Pfandrecht zuſtehenden Pfandrechts iſt.

Anſtatt der unrichtigen Analogie der Ceſſion einer Forderung wird eine andere auf dem Gebiete des Pfandrechts ſelbſt liegende gleichartige Erſcheinung uns den richtigen Weg zeigen.

Derjenige, dem ein ſervitutberechtigtes Grundſtück verpfändet iſt, hat neben dem Recht, den fundus zu beſitzen, auch das Recht, die demſelben zuſtehenden Servituten auszuüben. Doch

---

1) Am deutlichſten ausgeſprochen bei Trotſche a. a. O. S. 16. 17. Schmid a. a. O. S. 115. 146. Gewöhnlich wird ohne Weiteres von dem Recht des Forderungspfandgläubigers geſprochen, auch die actio hypothecaria des Verpfänders als utilis anzuſtellen. So ſchon Bartolus ad l. 13 §. 2 D. de pignor. (20, 1). Salicetus ibid. und ad l. 4 C. quae res pignori (8, 17). Negusantius, de pign. et hyp., pars 2 membr. 3 n. 24. Bachovius, de pignorib. II, c. 8., und noch Dernburg a. a. O. S. 465.

2) L. 6 D. de hered. vend. (18, 4). l. 6. 7 C. de obl. et act. (4, 10).

hat er darum nicht etwa neben dem Pfandrecht am fundus ein Pfandrecht an den Servituten, alſo ſtatt eines Pfandrechts, das ihm durch den Verpfändungsvertrag beſtellt werden ſollte, zwei, drei oder mehr. Man müßte ſonſt das Recht des Pfandgläubigers, die betreffenden Servituten auszuüben, von deren Verpfändbarkeit abhängig machen, und wenigſtens unbedingt die serv. praediorum urbanorum ausſchließen, nach dem Satz,

l. 11 §. 3 D. de pign. (20, 1):

Jura praediorum urbanorum pignori dari non possunt; igitur nec convenire possunt, ut hypothecae sint.

Im Gegentheil erſcheint das Recht der Ausübung der Servitut als Ausfluß des Pfandrechts am fundus; es entſpringt dem Recht des Pfandgläubigers, den verpfändeten fundus in ſeiner Totalität zu beherrſchen; ſein Pfandrecht am fundus übt er zugleich durch Ausübung der dieſem zuſtehenden Servituten aus. Dies beſtätigt die Stelle, in der uns jener Rechtsſatz aufbewahrt iſt,

l. 16 D. de servit. (8, 1):

Ei, qui pignori fundum accepit, non est iniquum, utilem petitionem servitutis dari, sicuti ipsius fundi utilis petitio dabitur. Idem servari convenit et in eo, ad quem vectigalis fundus pertinet.

Auch die Vergleichung mit dem Vectigalbeſitzer iſt hier ſchlagend. Ebenſowenig wie man behaupten wird, daß dieſer neben ſeinem emphyteutiſchen Recht an dem Grundſtück ein jus emphyteuseos an den dieſem zuſtehenden Servituten hat, ebenſowenig kann man ſagen, daß dem am fundus Pfandberechtigten neben dieſem Pfandrecht auch ein Pfandrecht an dieſen Servituten zuſtehe. Wie dort die Ausübung der Servitut Ausübung der am Grundſtück erworbenen Emphyteuſe, ſo hier Ausübung des am Grundſtück zuſtehenden Pfandrechts. Die Conſequenzen, die aus dieſer Anſchauung folgen müſſen, beſtätigen gleichfalls die Richtigkeit derſelben. Erwähnt iſt ſchon, daß die Natur der dem fundus zuſtändigen Servituten für dieſen Fall völlig gleichgültig iſt. Ferner wird man aber auch dem Pfandgläubiger allgemein nicht das Recht zugeſtehen, über die dem

fundus zuſtehenden Servituten geſondert, z. B. durch kaufsweiſen Erlaß an den vicinus, zu verfügen, ſondern ihm lediglich das Recht zuerkennen, den fundus, und mit dieſem auch die Servituten an einen Dritten zu veräußern.

Ebenſo dünkt mich auch der von uns hier behandelte Fall entſchieden werden zu müſſen. Demjenigen, dem eine pfandrechtlich geſicherte Forderung verpfändet iſt, müſſen wir allerdings, mit der gemeinen Meinung, das Recht zugeſtehen, mit der utilis actio hypothecaria die für dieſe Forderung beſtellten Pfänder, wie mit einer utilis in personam actio die für dieſelben haftenden Bürgen in Anſpruch zu nehmen. Für dieſen Satz muß allerdings die Analogie der Ceſſion entſcheiden. Ceſſionar und Pfandgläubiger ſtehen ſich beide in dem Recht gleich, die ihnen cedirte reſp. verpfändete Forderung geltend zu machen. Die Mittel, die Jenem von dem Geſetz zugeſtanden werden, um dies Recht zu verfolgen, werden wir auch Dieſem zur Verfügung ſtellen müſſen. Aber dennoch iſt dieſe utilis actio hypothecaria nicht *Ausdruck* eines dem Pfandgläubiger zuſtehenden Afterpfandrechts, ſondern nur *Folge* ſeines Forderungspfandrechts. Die Geltendmachung des Pfandrechts erſcheint als eine beſondere Art der Ausübung der ihm verpfändeten Forderung; ebenſo wie in dem obigen Falle die Ausübung der Servitut als eine Ausübung des Pfandrechts am fundus. Der Forderungspfandgläubiger hat alſo auch hier nicht *zwei* Pfandrechte neben einander, ein Forderungs- und ein Afterpfandrecht, ſondern, wie es auch die Intention der Parteien war, nur *ein* Pfandrecht, nämlich ein Forderungspfandrecht.

Auch in der praktiſchen Anwendung wird unſere Anſicht ſich von der anderen unterſcheiden. Iſt die utilis actio hypothecaria nur Folge des dem Pfandgläubiger zuſtehenden Rechts, die ihm verpfändete Forderung geltend zu machen, ſo muß die Anſtellung derſelben auch von allen den Vorausſetzungen abhängig ſein, denen dieſe Geltendmachung unterliegt. Wäre ſie dagegen Ausfluß eines ihm am Pfandrecht zuſtehenden Pfandrechts, ſo wäre ſie allein von den Vorausſetzungen der Geltendmachung dieſes Pfandrechts abhängig. Beſäße alſo z. B. ſein

Verpfänder das für die verpfändete Forderung beſtellte Pfand, und ſeine ihm gegen dieſen zuſtändige Forderung wäre fällig geworden, ſo könnte er dieſem ſofort mit der Afterpfandklage den Beſitz des Pfandes abſtreiten. Anders nach unſerer Anſicht. Auch wird der Umſtand, daß nach der hier vertheidigten Auffaſſung der Forderungspfandgläubiger mit der actio hypothecaria ein nicht für ſeine, ſondern für die verpfändete Forderung beſtelltes Pfandrecht geltend macht, maßgebend ſein für die Beſtimmung des Werthes, den ein dritter Beſitzer anzubieten hat, falls er von der Klage ſich durch offerre derjenigen Summe frei machen will, auf die das geltend gemachte Pfandrecht ſich richtet. Er muß nach unſerer Anſicht ſo viel anbieten, als dem Werth der in der actio hypothecaria mittelbar geltend gemachten verpfändeten Forderung gleichkommt. Nach der anderen Anſicht wäre die actio hyp. Ausfluß eines dem Klagenden zuſtehenden Afterpfandrechts, alſo Geltendmachung eines ihm für ſeine dem Verpfänder gegenüber zuſtehende Forderung beſtellten Pfandrechts an dem Pfandrecht. Hienach brauchte der dritte Beſitzer nur den Werth anzubieten, auf den das Afterpfandrecht ſich richtet, alſo den Werth, den die Forderung des Afterpfandgläubigers gegen ſeinen Verpfänder repräſentirt.

Gerade dieſe letzte Conſequenz ſtreitet am meiſten für unſere Anſicht. Durch Verpfändung der Forderung iſt dieſe dem Pfandgläubiger ihrem ganzen Inhalt, ihrem ganzen Werth nach unterworfen[1]); mit der actio utilis in personam macht er die ganze Forderung, nicht einen Theil derſelben geltend. Ebenſo muß auch in der actio hypothecaria dieſe verpfändete Forderung ihrem Geſammtinhalt nach ausgeübt werden; die Anſicht der Gegner zwingt dieſe Klage in Grenzen, die ihr der Natur des Geſchäfts nach zuwider ſind.

Zweitens kann das Afterpfandrecht auch durch richterliche Verfügung conſtituirt werden.

In der l. 15 §. 2 D. de re jud. (42, 1) heißt es: die

1) S. nam. Dernburg a. a. O. S. 466.

Execution des richterlichen Urtheils ergreife zunächſt die beweglichen, dann die unbeweglichen Vermögensſtücke des Verurtheilten;

> quodsi nec quae soli sunt, sufficiant, vel nulla sint soli pignora, tunc pervenietur etiam ad jura;

zu dieſen Rechten gehört auch das jus pignoris.

Legalhypotheken ergreifen ebenfalls das Vermögen Jemandes ganz oder in beſtimmten Theilen. So kann ein Afterpfandrecht auch

drittens durch geſetzliche Beſtimmung entſtehen. Intereſſant iſt für dieſen Punkt die vielbeſprochene und viel beſtrittene l. 11 §. 5 D. de pign. act. (13,7), welche von dem Afterpfandrecht handelt, das der erſte Vermiether an den Invecten und Illaten des Aftermiethers erwirbt. Dies Geſetz iſt übrigens nicht ſo ſehr für die Lehre vom Afterpfandrecht, als für die von Legalhypotheken überhaupt entſcheidend. Ich werde mich darum begnügen, mit möglichſt kurzer Begründung anzugeben, wie ich daſſelbe verſtehe.

Der Anfang der Stelle iſt ſchon oben erklärt worden; hier kommt der Schluß derſelben in Betracht. Dort haben wir geſehen, daß der Juriſt Ulpian an einem einzelnen Fall ſeine Interpretation der Vorausſetzung der actio pignoratitia: solutam esse pecuniam, praktiſch erläutert. Er hatte geſagt, um die actio pignoratitia anſtellen zu können, genüge es, wenn man mit dem Willen des Gläubigers an einen Andern, oder an den Erblaſſer, oder an den Stellvertreter des Gläubigers gezahlt habe. Als Beiſpiel dafür bringt er die Zahlung des Aftermiethers an den erſten Vermiether bei:

> Unde si domum conduxeris et ejus partem mihi locaveris, egoque locatori tuo pensionem solvero, pignoratitia adversus te potero experiri. Nam Julianus scribit, solvi ei posse. Et si partem tibi, partem ei solvero, tantundem erit dicendum.

Dann fährt er fort:

> Plane in eam duntaxat summam inveeta mea et illata tenebuntur, in quam coenaculum conduxi.

Mit dieſen Worten beſtimmt er die Größe der Summe,

die der Aſtermiether gezahlt haben muß, um die pignoratitia actio anſtellen zu können: er brauche nur ſoviel entweder unmittelbar an ſeinen Gläubiger, oder an den erſten Vermiether zu zahlen, als der Preis betrage, um den er ſelbſt gemiethet, denn für Weiteres hafteten ſeine Invecten und Illaten nicht:

> non enim credibile est, hoc convenisse, ut ad universam pensionem insulae frivola mea tenerentur.

Der Juriſt wendet hier den theoretiſchen Satz, dem zufolge das geſetzliche Pfandrecht ein pignus tacitum, d. h. ein auf ſtillſchweigender Willenseinigung beruhendes, Pfandrecht iſt[1]), praktiſch an. Man kann nicht annehmen, ſagt er, daß der Aftermiether ſeine frivola, d. h. ſein Hausgeräth[2]), für mehr hat verpfänden wollen, als er ſelbſt ſchuldete; er hat alſo nur den Vertrag ſtillſchweigend abgeſchloſſen, daß ſeine Invecten und Illaten für ſeinen von ihm zu zahlenden Miethzins, nicht daß ſie auch für die ganze vom Aftervermiether zu leiſtende Summe als Pfänder haften ſollten. Mit wem der Aftermiether dieſen Vertrag eingegangen ſei, ſagt uns deutlich erſt der folgende Satz:

> Videtur autem tacite et cum domino aedium hoc convenisse.

Alſo nicht blos der Aftervermiether, an den man zunächſt denkt, ſondern auch der Eigenthümer des Hauſes, alſo der erſte Vermiether, iſt Subject eines ſolchen Vertrags mit dem Aftermiether, deſſen Inhalt der Juriſt eben angegeben. Mit dieſen Worten ſpricht Ulpian dem dominus ebenfalls ein geſetzliches, die Invecten und Illaten des Aſtermiethers ergreifendes Pfandrecht zu. Warum er zu theoretiſcher Begründung dieſes geſetzlichen Pfandrechts einen ſolchen auch zwiſchen dominus und

---

1) So die Anſchauung der römiſchen Juriſten, namentlich hervorgehoben für den hier behandelten Fall des geſetzlichen Pfandrechts des Vermiethers eines praedium urbanum, l. 6 D. in quib. caus. (20, 2): — in praediis urbanis tacite solet conventum accipi etc. Vgl. beſonders Dernburg a. a. O. S. 291 ff.

2) Vgl. Schmid a. a. O. S. 149 Note 50.

Aftermiether ſtillſchweigend abgeſchloſſenen Vertrag nöthig hält, drücken die letzten Worte der Stelle aus:

ut non pactio coenacularii proficiat domino, sed sua propria,

d. h. „damit der dominus ſich nicht auf den von dem Aftervermiether abgeſchloſſenen Vertrag, ſondern nur auf ſeinen eigenen zu berufen brauche.“

Dieſe Erklärung der Stelle[1]) wird, ſo hoffe ich, einen innern Zuſammenhang zwiſchen den einzelnen Theilen derſelben nicht vermiſſen laſſen. Nur ein Punkt macht nach dem Bisherigen noch Schwierigkeit. Wir haben, durch den Zuſammenhang der Stelle genöthigt, die propria pactio, die der dominus nach den zuletzt angeführten Worten abgeſchloſſen haben ſoll, von einem zwiſchen ihm und dem Aftermiether eingegangenen Vertrage verſtanden. Der Aftermiether ſoll hienach alſo dem dominus ſelbſt unmittelbar ſeine Invecten und Illaten verpfändet haben. Dennoch ſprechen wir dem dominus mit der gemeinen Meinung nur ein Afterpfandrecht, alſo ein Pfandrecht an einem Pfandrecht zu. Wie iſt Beides zu vereinigen?

Einige Juriſten[2]) haben geläugnet, daß dem dominus nur ein Afterpfandrecht zuſtehe, ſie geben ihm in Folge der letzten Worte der Stelle unmittelbar ein Pfandrecht an den Invecten und Illaten des Aftermiethers. Dieſe Auffaſſung tritt mit der ganzen Stelle in unmittelbaren Widerſpruch. Soll der dominus ein ſolches unmittelbares Pfandrecht haben, ſo muß daſſelbe ihm für eine ihm zuſtehende Forderung beſtellt und in ſeinen weiteren Schickſalen allein von der Exiſtenz dieſer Forderung abhängig ſein. Für ſeine ganze Forderung an den erſten Miether kann es ihm nicht beſtellt ſein; dagegen ſtreiten unmittelbar die Worte: Plane in eam duntaxat summam etc. Es müßte ihm alſo für die Quote dieſer Forderung beſtellt ſein, die der Forderung des Aftervermiethers gegen den Aftermiether gleichkommt. Danach wäre die Aufhebung dieſes Pfandrechts davon

1) Andere Interpretationen ſ. bei Glück, Bd. 18. S. 428 ff. v. Vangerow I. S. 851. Dernburg S. 306 ff. Schmid S. 148 ff.

2) z. B. Dernburg a. a. O.

abhängig, daß ſeine Forderung gegen den erſten Miether bis auf dieſen Theil getilgt würde. Auch dieſe Conſequenz widerlegt die Stelle unmittelbar. Sie ſchreibt dem Aftermiether die actio pignoratitia zu, falls er nur zum Theil an den dominus gezahlt hat, ſtellt überhaupt die Zahlung an den dominus in ſein freies Belieben: solvi ei posse, und befreit für alle Fälle, ſobald der Aftermiether nur das von ihm Geſchuldete geleiſtet hat, ſei es an den Aftervermiether oder an den dominus, ſeine Invecten und Illaten von jedem auf ihnen laſtenden Pfandrecht. Ueberdies iſt der dominus nach dem Anfang der Stelle ein alius als der, cui res obligata est, denn die Stelle beginnt mit den Worten:

> Solutam autem pecuniam accipiendum non solum si ipsi, cui obligata res est, sed et si alii sit soluta voluntate ejus.

Das Beiſpiel für dieſe Regel iſt die Zahlung des Aftermiethers an den dominus.

Andere Juriſten, die mit uns in dieſer Stelle ein Afterpfandrecht des dominus finden[1]), wollen die propria pactio domini von einem zwiſchen ihm und dem erſten Miether abgeſchloſſenen ſtillſchweigenden Vertrag verſtehen; dieſer habe durch denſelben jenem ſein Pfandrecht afterverpfändet. Dieſe Erklärung läuft gegen den Zuſammenhang der Stelle. Der Aftermiether, um deſſen Invecten und Illaten es ſich hier handelt, tritt bei dem erſten convenisse als paciſcirend auf; das et cum domino convenisse kann ohne Gezwungenheit nur ebenfalls auf ihn bezogen werden. Auch hat dieſe Erklärung offenbar ihren Grund nur darin, den Satz, daß dem dominus nur afterverpfändet werde, auf jeden Fall auch mit dem Schluß der Stelle in Einklang zu bringen.

Nach meiner Anſicht muß man das Hauptgewicht auf die Rechtsſätze legen, die die l. 11 §. 5 cit. enthält. Nach dieſen erſcheinen die Invecten und Illaten des Aftermiethers nur einmal verpfändet. Damit er mit der actio pignoratitia klagen könne, damit das auf

1) z. B. Schmid a. a. O.

ſeinem Hausrath laſtende Pfandrecht getilgt werde, bedarf es nur einmaliger Zahlung. Am Schluß der Stelle ſpricht der Juriſt neben dem Aftervermiether auch dem dominus ein ſolches Pfandrecht zu, indem er einen auch mit ihm ſtillſchweigend abgeſchloſſenen Verpfändungsvertrag unterſtellt. Dennoch iſt der dominus, wie oben aus dem Anfang der Stelle gezeigt iſt, nicht der ipse, cui res obligata est; dennoch bleiben die Sätze richtig, daß der Aftermiether nur ſeinem Gläubiger genügt zu haben braucht, um ſeinen Hausrath von jedem Pfandrecht zu befreien. Das Pfandrecht des dominus erſcheint darum in jeder Hinſicht von dem Pfandrecht des Aftervermiethers abhängig; es beſteht nur ſo lange, als dies beſteht; die Vorausſetzungen für den Untergang dieſes ſind zugleich die für die Vernichtung jenes Rechts; es kann nach dieſen Beſtimmungen das Pfandrecht des dominus nur ein Afterpfandrecht ſein. Mit jenen Rechtsſätzen, die uns zu dieſem Schluſſe zwingen, ſcheint die eigene theoretiſche Begründung Ulpians in Widerſpruch zu ſtehen. Er will das geſetzliche Pfandrecht des dominus auf einen ſtillſchweigenden Vertrag zwiſchen ihm und dem Aftermiether zurückführen. Auf jeden Fall iſt ſo viel gewiß, daß im Falle des Widerſpruchs dieſe theoretiſche Begründung mit ihren Conſequenzen den eben entwickelten Rechtsſätzen nachſtehen muß. Doch iſt die Sache noch nicht ganz ſo ſchlimm. Auch dieſe theoretiſche Begründung iſt, wenngleich nicht unmittelbar ſchlagend, ſo doch nicht geradezu unrichtig.

Das Afterpfandrecht ergreift mittelbar das Object des verpfändeten Pfandrechts. Der natürlichen Anſchauung nach tritt der Afterpfandgläubiger dem Object des erſten Pfandrechts gerade ſo gegenüber, wie wenn ihm dies ſelbſt verpfändet wäre; er verkauft die Sache, und klagt mit der actio hypothecaria unmittelbar auf Beſitz der Sache. Wir haben ſchon oben geſehen, daß die Römer dadurch bewogen wurden, wenn ſie vom Afterpfandrecht ſprachen, nicht von einer Verpfändung des Pfandrechts, wie wir es thun, ſondern von einer Weiterverpfändung des dem erſten Pfandgläubiger verpfändeten Objects zu reden. Hier finden wir eine weitere Folge dieſes Umſtandes.

Der dominus hat, geeigneten Falls, das Recht, die Invecten und Illaten des Aftermiethers zu verkaufen, reſp. mit einer actio hypothecaria zu verfolgen. Nichts deſtoweniger hat er dieſe Rechte nur, wie die oben hervorgehobenen Rechtsſätze beweiſen, in Folge eines ihm zuſtehenden Afterpfandrechts. Doch hält der Juriſt es für nöthig, dieſe dem dominus zuſtehenden Rechte auf eine zwiſchen ihm und dem Aftermiether vor ſich gegangene Willenseinigung zu gründen, „damit dieſe ihm dem „Aftermiether gegenüber zuſtehenden Rechte auch in einem von „dem dominus ſelbſt mit dieſem abgeſchloſſenen Vertrage ihre „Baſis fänden",

> ut non pactio coenacularii proficiat domino, sed sua propria.

Der Aftermiether hat alſo nach der Meinung des Juriſten durch ſein Einziehen in die ihm aftervermiethete Wohnung auch dem dominus gegenüber den dieſem daraus erwachſenden Rechten zugeſtimmt.

So, dünkt mich, wird die Stelle am einfachſten erklärt. So fußt man auf der dem Juriſten vorſchwebenden natürlichen Anſchauung der Verhältniſſe, und bedarf weder einer gezwungenen Interpretation, noch braucht man einen Rechtsſatz anzunehmen, deſſen Conſequenzen gegen die in der Stelle ſelbſt vorgetragenen Beſtimmungen verſtoßen.

V.

Endigung.

Unſere Darſtellung wird auch hier, ebenſo wie bei dem eben behandelten Punkte, einen fragmentariſchen, ergänzenden Charakter haben müſſen. Es wiederholen ſich beim Afterpfandrecht alle die Endigungsgründe, denen ein jedes Pfandrecht unterliegt. So geht es unter durch Befriedigung der Forderung, für die es beſtellt iſt, und durch eigene Befriedigung, d. h. durch ſeine Geltendmachung. Hier wie dort iſt der Zweck erfüllt, um deſſentwillen es beſtellt iſt, hier wie dort der Vermögenswerth hergeſtellt, auf den das Pfandrecht ſich richtete: Aufhebung der dem Pfandrecht innewohnenden Spannung iſt unmittelbare Vernichtung des Pfandrechts ſelbſt. Ferner kann das Afterpfandrecht durch Verzicht, es kann auch durch Confuſion untergehen. Das Letztere iſt ſo zu denken, daß das verpfändete Pfandrecht, z. B. durch Ceſſion der durch daſſelbe geſicherten Forderung, in das Vermögen des Afterpfandgläubigers übertritt. Eigenthümlich geſtaltet ſich hier der Fall, wenn der Afterpfandgläubiger das dem verpfändeten Pfandrecht unterworfene Object zu Eigenthum erwirbt, ohne daß es von dem Pfandrecht des Afterverpfänders frei wird. Das Afterpfandrecht beſteht nach unſerer Anſicht fort, denn nicht dieſe Sache, ſondern jenes Pfandrecht hat es zum Gegenſtand. Dennoch hören die Befugniſſe, die das Afterpfandrecht ihm über die Sache gewährt, auf, Ausfluß dieſes beſonderen Rechts zu ſein, ſie verſchwinden in der ſeinem Eigenthum entſpringenden totalen recht-

lichen Macht über dieſelbe. Sichtbar bleiben die Wirkungen des Afterpfandrechts nur in dem beſchränkenden Einfluß, den es auf das Pfandrecht des Afterverpfänders ausübt, und auch ſo kann es von bedeutender praktiſcher Wichtigkeit ſein: es kann das Eigenthum des Afterpfandgläubigers kräftigen, conſerviren.

Beſonderer Hervorhebung bedarf hier nur der Satz, daß das Afterpfandrecht, wie jedes andere Pfandrecht, durch Untergang ſeines Objects vernichtet wird. Aufhebung des verpfändeten Pfandrechts muß alſo in jedem Fall unbedingt Aufhebung des Afterpfandrechts wirken. Die Art und Weiſe dieſes Unterganges iſt völlig gleichgültig, ebenſo wie bei dem Pfandrecht an einer körperlichen Sache daſſelbe untergehen *muß*, mag die Sache durch eine Handlung des Schuldners oder ſonſt irgend wie vernichtet werden. Unſer Satz findet denn auch in derſelben Allgemeinheit, wie wir ihn hier aufgeſtellt haben, in den Quellen ſeine Beſtätigung,

l. 1 C. si pign. pignori (8, 24):

— *tamdiuque* eum (den Afterpfandgläubiger) is, qui jus repraesentat, tueatur, quamdiu in causa pignoris manet ejus, qui dedit.

Es wiederholen ſich hier alſo nochmals die allgemeinen Endigungsgründe eines jeden Pfandrechts. Inwieweit der Afterverpfänder durch eigene Dispoſition über ſein Pfandrecht daſſelbe zu vernichten die Macht hat, wird ſich da zeigen, wo wir die Wirkungen des Afterpfandrechts auf die jenem zuſtehenden Rechte zu erörtern haben. So viel iſt hier ſchon gewiß, daß z. B. Confuſion in der Perſon des Afterverpfänders den Untergang des Afterpfandrechts herbeiführen muß. Es wird hier der Satz von praktiſcher Bedeutung, daß die dem Afterpfandgläubiger an der Sache zuſtehenden Befugniſſe nicht Ausfluß eines ihm an derſelben beſtellten Pfandrechts, ſondern Wirkung ſeines Pfandrechts am Pfandrecht ſind. Die Ausnahme, die man für dieſen Fall hat machen wollen[1]), iſt Folgerung des entgegengeſetzten, oben widerlegten Princips.

1) So *Trotſche* a. a. O. S. 62.

Aus dem hier behandelten Grunde muß das Afterpfandrecht ferner untergehen, falls das ihm unterworfene Pfandrecht durch ſeine Befriedigung untergeht. Dies kann auf doppelte Weiſe geſchehen. Entweder, indem es von dem Afterpfandgläubiger geltend gemacht wird, indem derſelbe alſo die demſelben innewohnende Kraft, d. h. die demſelben entſpringenden Befugniſſe benutzt, um den Vermögenswerth herzuſtellen, auf den daſſelbe ſich richtet. In dieſem Moment geſchieht ein Doppeltes. Das verpfändete Pfandrecht geht unter, weil es den Vermögenswerth gefunden, nach dem es ſtrebte, zugleich auch das Afterpfandrecht; in dem Augenblick, wo es in Folge der Vernichtung ſeines Objects untergeht, wird es zugleich befriedigt: es erreicht den Vermögenswerth des ihm unterworfenen Gegenſtandes. Dieſer Proceß fällt alſo mit dem oben ſchon erwähnten zuſammen, demzufolge das Afterpfandrecht durch ſeine eigene Befriedigung, durch ſeine Geltendmachung, untergeht.

Das dem Afterpfandrecht unterworfene Pfandrecht kann aber noch auf andere Art befriedigt und dadurch vernichtet werden, nämlich durch Zahlung oder satisfactio aus der Forderung, für die es beſtellt war. Die Quellen bezeugen den Untergang des Afterpfandrechts auch ſpeciell für dieſen Fall,

l. 40 §. 2 D. de pign. act. (13, 7):
— si medio tempore pignus creditor pignori dederit, domino solvente pecuniam, quam debuit, secundi pignoris neque persecutio dabitur, neque retentio relinquetur.

l. 14 §. 3 D. de div. temp. praeser. (44, 3):
— meus creditor utetur accessione tui temporis — — quamdiu pecuniam mihi non exsolveris; — — si pecuniam mihi solveris, hoc casu accessione tua non utetur.

Vgl. l. 1. 2 C. si pign. pignori (8, 24).

Verpflichtet iſt der Schuldner, dieſe Zahlung an den Afterverpfänder zu leiſten; zu dem Afterpfandgläubiger tritt er in gar kein Verhältniß, denn die Forderung iſt, wie wir oben bewieſen haben, nicht mitverpfändet. Die Zahlung, die der

Schuldner an den Afterpfandgläubiger leiſtet, wirkt nur inſofern, als in derſelben eine Zahlung (im weiteren Sinne) an den Afterverpfänder gefunden wird. Dies beweiſt der Gedankengang der l. 11 §. 5 D. de pign. act. (13, 7). Die Quellen reden darum regelmäßig von einer Zahlung, die dem Afterverpfänder, alſo dem wirklichen Gläubiger des zahlenden Schuldners, geſchehen ſei.

Eine Frage drängt ſich hier auf. In dem Fall, wo das verpfändete Pfandrecht in der Hand des Afterpfandgläubigers ſich durch ſich ſelbſt befriedigte, führte der Untergang des verpfändeten Pfandrechts und damit des Afterpfandrechts unmittelbar zu der Befriedigung des letzteren. In dem jetzt beſprochenen Fall geht das verpfändete Pfandrecht ebenfalls in ſeiner Befriedigung unter, nur daß dieſe Befriedigung hier auf einem anderen Wege herbeigeführt wird wie dort. Soll dennoch das Afterpfandrecht hier unbefriedigt untergehen, ſoll der im Grunde gleiche juriſtiſche Vorgang dennoch hier ſo bedeutend andere praktiſche Reſultate haben als dort?

Die Antwort auf dieſe Frage finden wir in der vielbeſprochenen l. 13 §. 2 D. de pign. (20, 1). Die Stelle lautet:

> Quum pignori rem pignoratam accipi posse placuerit, quatenus utraque pecunia debetur, pignus secundo creditori tenetur, et tam exceptio, quam actio utilis ei danda est.

Dieſe Worte bedürfen zunächſt keiner weiteren Erklärung. Ihre Verwendung für die Lehre vom Afterpfandrecht werden ſie geeigneten Orts finden.

> Quodsi dominus solverit pecuniam, pignus quoque perimitur.

Hiemit iſt der eben von uns erörterte Satz ausgeſprochen. Der Juriſt ſetzt als den Normalfall Zahlung an den Afterverpfänder voraus. Das Folgende wird dieſe Behauptung beſtätigen. Doch werden wir ſehen, daß die Stelle auch die Mittel an die Hand giebt, den anderen Fall zu entſcheiden. — Das gebrauchte quoque kann man doppelt verſtehen. Entweder deutet es an, daß mit der Forderung, aus der gezahlt wird, a u ch

das für dieſelbe beſtellte Pfandrecht untergeht. Nothwendige Conſequenz, die der Juriſt nicht weiter hervorhebt, iſt dann, daß damit auch das Afterpfandrecht untergeht. Oder man kann zu dem pignus quoque ergänzen secundi creditoris: „ſo „geht auch das Pfandrecht des zweiten Gläubigers mit dem des „erſten unter." Beides iſt gleich richtig und gleich paſſend für den Zuſammenhang; doch möchte ich die erſtere Bedeutung vorziehen, weil ſie ſich einfacher ergiebt. — Der Juriſt ſteht mit dieſen Worten an demſelben Punkt, mit dem wir uns beſchäftigen. Er ſchreitet auch zu derſelben Frage fort:

> Sed potest dubitari, numquid creditori nummorum solutorum nomine utilis actio danda sit, an non; quid enim, si res soluta fuerit?

Die aufgeworfene Frage geht meiner Anſicht nach nämlich dahin: ob nicht der Afterpfandgläubiger auf das aus der Forderung (dem Afterverpfänder) Gezahlte eine actio utilis (hypothecaria) habe. Die anders lautenden Anſichten werden unten widerlegt werden.

Dieſe Fragſtellung ſchon giebt nach mehreren Seiten hin Reſultate. Zunächſt wird gefragt, ob nummorum *solutorum*, nicht *solvendorum* nomine, wie die Gloſſe meinte, eine actio utilis zuſtändig ſei. *Geſchehene* Zahlung wird danach als Vorausſetzung eines etwanigen Rechts des Afterpfandgläubigers auf das Object der Forderung hingeſtellt, eine Darſtellungsweiſe, die ungenau genug wäre, wenn der Juriſt meinte, daß der Afterpfandgläubiger als ſolcher eine actio utilis aus der Forderung hätte, für die das verpfändete Pfandrecht beſtellt war. Dazu kommt der Umſtand, daß der Juriſt gerade von dem Satze aus, daß Zahlung des erſten Schuldners das Afterpfandrecht vernichte, zu dieſer Frage kommt. Er ſcheint dabei vorauszuſetzen, daß der Afterpfandgläubiger hier nach Vernichtung ſeines Afterpfandrechts zunächſt ohne jedes Mittel iſt, ſich ſelbſt zu befriedigen, eine Vorausſetzung, die nur zutrifft, wenn man die Forderung *nicht* für mitverpfändet hält; in der Denunciation hätte er ſonſt ein Mittel, jede Zahlung des Schuldners an ſeinen Gläubiger ſich gegenüber unwirkſam zu machen. Es wird ferner nach einer

actio utilis gefragt, die dem Afterpfandgläubiger nummorum solutorum nomine zuſtehen ſolle. Dies beweiſt, daß der Juriſt Marcian (von dieſem iſt das hier behandelte Fragment) zunächſt an einen Fall denkt, wo nicht an den Afterpfandgläubiger, ſondern an einen Anderen, alſo den wirklichen Gläubiger, den Afterverpfänder, gezahlt iſt; gegentheiligen Falls, wenn er nämlich Zahlung an den Afterpfandgläubiger und damit Beſitz deſſelben an den nummi soluti vorausgeſetzt hätte, hätte entſchieden zunächſt nicht nach einer actio, ſondern nach einer exceptio gefragt werden müſſen, ein Umſtand, der ebenfalls gegen die Anſicht beweiſt, nach der das Forderungsrecht mitverpfändet ſein ſoll. Endlich deutet Marcian, wenn er zu der Frage, ob der Afterpfandgläubiger eine ſolche actio utilis habe, hinzufügt: quid enim, si res soluta fuerit? an, daß in dem mit dieſen Worten hervorgehobenen Fall die Antwort unbedingt bejahend lauten wird. So kommt eine Frage mit quid enim? öfter vor, z. B. bei demſelben Juriſten Marcian in l. 16 §. 4 D. de pignor. (20, 1): Quid enim, si minoris sit praedium, quam debetur?[1])

Auf die aufgeworfene Frage antwortet der Juriſt unmittelbar gar nicht; er zieht nur eine Entſcheidung des Pomponius an, die dieſer für einen verwandten Fall gegeben, und überläßt es uns, ſelbſt das Reſultat zu ziehen. Er ſagt:

> Et verum est, quod Pomponius libro septimo ad Edictum scribit, si quidem pecuniam debet is, cujus nomen pignori datum est, exacta ea creditorem secum pensaturum; si vero corpus is debuerit et solverit, pignoris loco futurum apud secundum creditorem.

Es hat von jeher die größten Schwierigkeiten gemacht, zu erklären, weshalb Marcian, der vom Afterpfandrecht ſpricht, hier als Norm gebend eine Entſcheidung des Pomponius über das Forderungspfandrecht anführt. In dieſer Schwierigkeit liegt in

1) Vgl. Mühlenbruch, Ceſſion S. 345 Note 222. Hepp, Archiv für civ. Praxis, Bd. 13. S. 359 Note 11. Trotſche a. a. O. S. 130 Note 153.

Wahrheit der einzige und wichtigste Anlaß für Entstehung der Ansicht, daß Afterverpfändung zugleich Verpfändung der Forderung sei, zu deren Sicherung das verpfändete Pfandrecht dient.

Ich hoffe, daß von unserer Ansicht aus, die wir über das Wesen des Pfandrechts aufgestellt haben, die erwähnte Schwierigkeit verschwindet. Pfandrecht und Forderungsrecht sind, wie wir darzuthun versucht haben, ihrem Inhalt nach völlig gleichgeartet. Jenes ist wie dieses seinem Inhalt nach ein Recht auf einen Vermögenswerth; das Pfandrecht an diesen Rechten ist also hier wie da das Pfandrecht an einem Recht *auf* einen Vermögenswerth; das Pfandrecht wirkt demnach auch, wie wir oben schon gesehen haben, hier wie dort auf völlig gleiche Weise. Daher erklärt es sich, daß Marcian die Sätze vom Pfandrecht am Pfandrecht den Rechtsbestimmungen nachgebildet wissen will, die über das Pfandrecht an Forderungsrechten gelten, zumal da er an der Stelle, von der wir handeln, einen Punkt berührt, an dem sich die dem Pfandrecht wie dem Forderungsrecht gleichermaßen innewohnende eigenthümliche Natur in denselben Erscheinungen äußert. Pfandrecht wie Forderungsrecht gehen unter, sobald der Vermögenswerth, auf den sie sich richten, dem Berechtigten zugeführt ist. Das Pfandrecht am Pfandrecht wie das am nomen ist auf den Vermögenswerth gerichtet, den diese Rechte durch ihre Geltendmachung aus sich herauszusetzen vermögen; es strebt also in beiden Fällen, das ihm unterliegende Object zu vernichten, um sich des vermögensrechtlichen Inhalts, den sie in sich tragen, zu bemächtigen. Wir haben gesehen, daß, namentlich beim Pfandrecht am nomen, es vorkommen kann, daß auch nach der Geltendmachung der Forderung der vermögensrechtliche Inhalt derselben noch nicht in seiner Reinheit, nämlich noch nicht in der Form von Geld hergestellt ist: der Vermögenswerth der Forderung kann auch nach der Zahlung von Seiten des Schuldners noch in einem von diesem geleisteten Object gebunden liegen; das bisher bestandene Pfandrecht an der Forderung setzt sich dann, wie wir oben gezeigt haben, an dem aus dieser geleisteten Object fort, und endigt erst, falls

es auch von dieſer Hülle den Vermögenswerth, auf den es gerichtet iſt, befreit hat. Beim Afterpfandrecht wird dieſer Fall ſelten vorkommen, wenn der Afterpfandgläubiger ſelbſt das ihm verpfändete Pfandrecht geltend macht; doch kann dieſelbe Erſcheinung ſich auch hier wiederholen, falls der erſte Schuldner ſeinem Gläubiger aus der Forderung, für die das verpfändete Pfandrecht beſtellt war, ein corpus, alſo ein Object leiſtet, das nicht Geld iſt. Der Vermögenswerth, auf den das Pfandrecht ſich richtet, iſt nämlich, wie ſchon früher hervorgehoben iſt, identiſch mit dem, auf den die Forderung geſpannt iſt, für die es beſtellt wurde. Es iſt alſo der Vermögenswerth des verpfändeten Pfandrechts auch dann hergeſtellt, wenn der Schuldner des Afterverpfänders aus ſeiner dieſem gegenüber beſtehenden Verpflichtung Zahlung leiſtet. Es kann auch hier nun dieſer Vermögenswerth unmittelbar, nämlich durch Zahlung von Geld, oder nur mittelbar, nämlich durch Leiſtung eines corpus, hergeſtellt werden. Die Grundſätze, die für dieſe Fälle Anwendung finden ſollen, müſſen nach Marcians Anſicht von der Lehre vom Forderungspfandrecht hergenommen werden, ein Satz, der dem praktiſchen Bedürfniß wie der juriſtiſchen Conſequenz auf gleiche Weiſe entſpricht.

Dieſe Bedeutung hat es, meines Ermeſſens, wenn der Juriſt in unſerer Stelle ſich auf die Autorität des Pomponius beruft und eine Entſcheidung herbeizieht, die dieſer für das Forderungspfandrecht gegeben. Der Satz des Pomponius iſt demnach völlig gleicher Bedeutung, wie auch faſt gleichen Wortlauts, mit der Stelle des Paulus,

l. 18 pr. D. de pign. act. (13, 7):

> Si convenerit, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit, tuenda est a Praetore haec conventio, ut et te in exigenda pecunia, et debitorem adversus me, si cum eo experiar, tueatur. Ergo si id nomen pecuniarium fuerit, exactam pecuniam tecum pensabis: si vero corporis alicujus, id, quod acceperis, erit tibi pignoris loco.

Verſuchen wir jetzt, auf Grundlage des oben Geſagten eine

Anwendung der für das Forderungspfandrecht geltenden Principien auf unſeren Fall, verſuchen wir alſo, die Folgeſätze zu entwickeln, die Marcian ſelbſt aufzuſtellen für überflüſſig gehalten hat. Dabei müſſen wir zwei Fälle auseinander halten, den einen, an den Marcian zunächſt denkt, wo der Schuldner des Afterverpfänders an dieſen ſelbſt, den andern, wo er an den Afterpfandgläubiger gezahlt hat.

Hat im erſten Falle der Schuldner ſeinem Gläubiger eine Sache, die nicht Geld iſt, von den Römern hier techniſch corpus genannt, geleiſtet, ſo fällt das gezahlte Object unmittelbar in das Eigenthum des Afterverpfänders, denn aus ſeiner ihm zuſtehenden Forderung iſt die Zahlung an ihn geſchehen; in demſelben Moment aber erwirbt der Afterpfandgläubiger ein Pfandrecht an dieſem Object, alſo ein Recht auf den Vermögenswerth deſſelben, denn in jenem Vermögenswerth ſtellt ſich jetzt der Vermögenswerth des ihm bis dahin verpfändet geweſenen Pfandrechts dar. Zu dieſen Objecten müſſen wir hier, ebenſo wie da, wo wir von der Verpfändung von Forderungsrechten ſprachen, alle Gegenſtände von Vermögenswerth rechnen, die nicht Geld ſind, alſo fungible wie nicht fungible Sachen, genau nach dem Ausdruck der Quellen, die die pecunia dem corpus gegenüberſetzen, denn nur Geld iſt der unmittelbare Repräſentant eines Vermögenswerthes. Zufällig kann es geſchehen, daß das Pfandrecht des secundus creditor nachträglich, falls fungible Sachen gezahlt waren, durch Confuſion, alſo durch Aufhebung der individuellen Exiſtenz der geleiſteten Objecte, vernichtet wird; doch bleibt dies für die principielle Beantwortung unſerer Frage ebenſo gleichgültig, wie der Umſtand, daß ein jedes Pfandrecht durch caſuelle Vernichtung ſeines Objects untergehen kann. Wir finden alſo die oben ſchon aus der von Marcian gewählten Faſſung der Frage: quid enim si res soluta fuerit? abgeleitete Bemerkung beſtätigt, daß dieſelbe für dieſen Fall unbedingt bejaht wird. Der Afterpfandgläubiger erwirbt an dieſen Objecten ſtets ein Pfandrecht, er hat alſo hier gegen den Afterverpfänder ſtets die actio utilis hypothecaria. Die Klage iſt eine utilis actio, weil die ſtrengen Vorausſetzun-

gen der Pfandklage, nämlich Pfandconvention über den eingeklagten Gegenstand und in bonis esse zur Zeit der Verpfändung, fehlen. Das Pfandrecht, welches der Afterpfandgläubiger an dem gezahlten Object erwirbt, muß, weil es nach unserer Anschauung nur eine Fortsetzung, eine Fortdauer seines Afterpfandrechts in anderer Gestalt ist, ebenso wie beim Forderungspfand, mit allen seinen früheren Eigenschaften, also namentlich mit derselben Priorität fortdauern, eine wichtige praktische Consequenz unserer Ansicht; es verändert sich nur das Object, in dem sich der Vermögenswerth repräsentirt, den das Pfandrecht erreichen und herstellen will, das Pfandrecht erleidet darum nur in seiner äußeren Form, nicht irgendwie in seiner sonstigen Existenz eine Aenderung. Schwieriger ist die Beantwortung der Frage für den Fall, wo der Schuldner an den Afterverpfänder Geld gezahlt hat. Wir haben früher den Satz gefunden, daß der Forderungspfandgläubiger, falls ihm aus der verpfändeten Forderung Geld geleistet war, kein Pfandrecht an den gezahlten Geldstücken, sondern unmittelbar Eigenthum erwirbt, ebenso wie an dem Kaufpreise, der ihm für die verkaufte Pfandsache gezahlt ist, denn in der Geldsumme repräsentirt sich direct der Vermögenswerth des dem Pfandrecht unterworfenen Objects. Wir können demnach auch hier dem Afterpfandgläubiger an den gezahlten Geldstücken kein Pfandrecht zusprechen; der Umstand, daß nicht an ihn, sondern an einen Andern, den Afterverpfänder, gezahlt ist, kann an der Consequenz des Rechts Nichts ändern. Die actio utilis hypothecaria kann er also auf die gezahlten Geldstücke nicht anstellen. Auch fehlen in seiner Person alle Voraussetzungen eines Eigenthumserwerbes an dem gezahlten Gelde; er hat allerdings noch immer ein Recht auf den Vermögenswerth, der dem Afterverpfänder durch die Zahlung der Geldstücke zugekommen ist, doch ohne jede dingliche Macht über ein Object, an das er sich zum Zweck seiner Befriedigung halten könnte; das Recht auf diesen Vermögenswerth erscheint von diesem Augenblick an in rein persönlicher Form. Der Afterverpfänder ist nur verpflichtet, ihm das Betreffende zu leisten, ein Anspruch, der mit der Forderung, die ihm schon bisher gegen

denſelben zuſtand, zuſammenfällt. Dieſe Erſcheinung hat auf den erſten Blick etwas Auffallendes; doch iſt ſie nothwendige Conſequenz unſerer Anſicht, und damit auf alle die Gründe geſtützt, die für die von uns gegebene Definition des Pfandrechts und für die aus derſelben, namentlich für die Verpfändung von Forderungsrechten, abgeleiteten Folgerungen ſtreiten. Der Juriſt Marcian ſcheint auch mit uns für dieſen Fall das Entſtehen eines Pfandrechts, und damit eines jeden dinglichen Rechts für den Afterpfandgläubiger zu läugnen, wenn er den einen Fall si res soluta fuerit als namentlich zu bejahend hervorhebt; er verneint damit indirect die Frage für die andere Eventualität, si nummi soluti sint.

In dem zweiten oben hervorgehobenen Fall, wenn nämlich der erſte Schuldner an den Afterpfandgläubiger geleiſtet hat, finden die für das Forderungspfandrecht geltenden Grundſätze leicht ihre Anwendung. Hat der Schuldner dem Afterpfandgläubiger gezahlt, ſo wird er, zufolge der l. 11 §. 5 D. de pign. act. (13, 7) von der Klage ſeines eigentlichen Gläubigers ope exceptionis frei.[1]) Dem Afterpfandgläubiger verbleibt das gezahlte corpus an Pfandes Statt, der Afterverpfänder erwirbt durch ihn, wie durch ſeinen Stellvertreter, Eigenthum. Iſt Geld gezahlt, ſo erwirbt der Afterpfandgläubiger an den gezahl-

1) Schmid, Ceſſion S. 154 Note 63 behauptet auf Grundlage des in der l. 11 §. 5 cit. gebrauchten Ausdrucks: solutam pecuniam accipiendum, ipso jure eintretende Aufhebung dieſer Forderung, und findet darin eine Beſtätigung ſeiner Anſicht, daß das Forderungsrecht des Afterverpfänders mitverpfändet ſei. Dagegen iſt zunächſt zu bemerken, daß nach unſerer oben gegebenen Interpretation der l. cit. dieſelbe mehrere Fälle zuſammenſtellt, die keine wahre solutio ſind, aber dennoch, was die actio pignoratitia anlangt, der solutio gleich wirken. Daher solutam autem pecuniam accipiendum. Es ſind denn auch mit der Zahlung an den Afterpfandgläubiger andere Fälle gleichgeſtellt, die ohne Zweifel nur ope exceptionis wirken, z. B. die Zahlung an den, cui heres extitit, vel procuratori ejus, u. ſ. w. Endlich fällt die Behauptung Schmid's dadurch, daß auch für den Fall der Verpfändung der Forderung Zahlung an den Forderungspfandgläubiger nur ope exceptionis befreit, vgl. l. 18 pr. eod. — tuenda est a Praetore haec conventio, ut — debitorem adversus me, si cum eo experiar, tueatur.

ten Geldſtücken ſofort Eigenthum, und wird nur durch die actio pignoratitia des Afterverpfänders zur Reſtitution der hyperocha angehalten.

Ich glaube, mit dieſer Darſtellung gezeigt zu haben, daß der Geſichtspunkt, von dem aus ich die l. 13 §. 2 cit. aufzufaſſen geſucht habe, ein durchaus durchführbarer iſt; ſie zeigt einerſeits, daß der Gedanke des Marcian, die Entwickelung der Lehre vom Afterpfandrecht an dieſem Punkt an die vom Forderungspfandrecht geltenden Rechtsſätze anzuſchließen, ein geſunder und juriſtiſch gerechtfertigter, ja nothwendiger iſt; andererſeits geht aus dem Bisherigen die Unrichtigkeit der Anſicht hervor, daß Verpfändung eines Pfandrechts zugleich Verpfändung der durch daſſelbe geſicherten Forderung ſei; es iſt gezeigt worden, daß das volle Verſtändniß der Stelle nur von der anderen Anſicht aus erreicht werden kann.

Es verliert damit auch die künſtliche Theorie Schmid's ihren Boden[1]), als wenn Zahlung des erſten Schuldners an den Afterverpfänder oder den Afterpfandgläubiger das Pfandrecht des Letzteren durch eine dieſem damit geſchehene satisfactio, zugleich das Pfandrecht des Afterverpfänders unmittelbar oder mittelbar durch eine für denſelben in der Zahlung an den Afterpfandgläubiger enthaltene solutio tilge. Jene satisfactio ſoll in dem Erwerb des Pfandrechts ruhen, das dem Afterpfandgläubiger an dem gezahlten Object erwächſt, dieſe solutio in dem Eigenthumserwerb enthalten ſein, der dem Afterverpfänder unmittelbar oder durch die Perſon des Afterpfandgläubigers zugeführt wird. Dieſer Geſichtspunkt iſt nur geeignet, den wahren Zuſammenhang der Sache zu verdecken.

Das Forderungspfandrecht ſowohl wie das Afterpfandrecht geht nämlich, falls das Object des Pfandrechts in ſeiner Befriedigung untergeht, eben nur deshalb unter, weil es ſein Object verliert, nicht weil aus dem Afterpfandrecht oder dem Forderungspfandrecht für den bisher Pfandberechtigten ein neues Pfandrecht erwächſt. Dieſe letztere Erſcheinung iſt Conſequenz

1) A. a. O. S. 160.

beſtimmter juriſtiſcher Principien, nicht Wirkung eines beſtimmten Willens des Schuldners. Das neue Pfandrecht ruht im Gegentheil völlig auf dem vorher dem Pfandgläubiger zuſtändig geweſenen, alſo auf dem Willen des verpfändenden Gläubigers, ein Umſtand von bedeutender juriſtiſcher Tragweite, indem ſich namentlich danach, wie wir geſehen haben, die Priorität deſſelben beſtimmt. Auch erwirbt der Pfandgläubiger nach Untergang ſeines Pfandrechts nicht einmal immer ein neues Pfandrecht, er kann ſtatt deſſen auch unmittelbar Eigenthum erwerben; auch kann das Afterpfandrecht ohne jeden Erſatz untergehen.

Endlich wird das Forderungsrecht des Afterverpfänders wie das Forderungsrecht des Forderungsverpfänders, falls der Schuldner an den secundus creditor zahlt, nicht deshalb aufgehoben, weil ihm damit gezahlt wird; er erwirbt im Gegentheil nicht einmal immer Eigenthum an dem gezahlten Object. Der Schuldner iſt dem primus creditor gegenüber nur durch eine exceptio doli geſchützt, auf Grundlage des Umſtandes, daß er voluntate creditoris an einen Andern gezahlt hat.

Die im Obigen gegebene Auffaſſung unſerer Stelle iſt bisher von einem Schriftſteller noch nicht vorgetragen; aber auch in dem Wortverſtändniß der Stelle ſtimmen mit uns von der großen Zahl der Schriftſteller, die unſer Thema behandelt haben, nur Brinz und Windſcheid in ihren Lehrbüchern a. a. O. überein. In gewiſſer Hinſicht kommen auch Huſchke und Büchel unſerer Anſicht nahe, indem ſie von dem Begriff des Pfandrechts als einer obligatio rei ausgehen. Doch vermißt man bei ihren Ausführungen eine auf den Grund der Sache eingehende Erklärung der praktiſchen Reſultate. Ueberdies werden ſie gerade da, wo ſie dem meiner Anſicht nach Richtigen nahe kommen, ihren eigenen Grundſätzen ungetreu, weil ſie Beide das Afterpfandrecht nicht als Verpfändung der obligatio rei, ſondern als zweite Verpfändung der Sache ſelbſt begrifflich beſtimmen. Es iſt hier jetzt der Ort, auf die von der unſrigen abweichenden Erklärungen unſerer Stelle einzugehen, eine Auf-

gabe, die deshalb mit möglichſter Kürze erledigt werden kann, weil eine Zuſammenſtellung der verſchiedenen Anſichten ſchon von anderen Schriftſtellern mehrfach gegeben iſt.[1])

Die Dogmengeſchichte bietet hier wenig Erquickliches.

Die Baſiliken haben die l. 13 §. 2 cit. völlig entſtellt. Sie verbinden[2]) unmittelbar mit dem Satze, daß Zahlung des erſten Schuldners das Pfandrecht des Afterverpfänders wie des Afterpfandgläubigers vernichte (ἑκατέρα ὑποθήκη λύεται — —), die von Pomponius über das pignus nominis gegebene Entſcheidung, indem ſie den Frageſatz Marcians: Sed potest dubitari etc. unterdrücken, und die Stelle damit eines jeden Zuſammenhanges entblößen. Auch die Gloſſe wußte Anfang und Ende der Stelle nicht mit einander in Einklang zu bringen, und begann darum mit den Worten: Sed potest u. ſ. w. einen neuen Paragraphen mit der ſchon oben mitgetheilten Bemerkung: Et mutat hic casum etc. Ueberdies interpretirte Accurſius solutorum als gleichbedeutend mit solvendorum, eine Auslegung, der ſchon Donellus[3]) mit den Worten entgegentrat: id agere videtur (Accursius), ut nos rideat, qui, quod praeteriit, de eo quod futurum est interpretatur.[4]) Cujaz ſteht in ſeiner Erklärung unſerer Stelle noch auf dem Standpunkt der Gloſſe, Gothofred weiß in ſeinen Noten zu derſelben nur wenig zu ſagen; bei Anderen, z. B. Balduin, Mudäus finden ſich ohne näheres Eingehen auf den Zuſammenhang der Stelle nur die praktiſchen Rechtsſätze, die ſie in derſelben ausgeſprochen finden, zuſammengeſtellt. Bachov[5]) verzweifelt völlig an einer richtigen Erklärung unſerer Stelle. Die bedeutendſte Interpretation findet ſich bei Donellus a. a. O. Er verſteht die Zahlung, von der Marcian ſpricht:

1) So bei Trotſche a. a. O. S. 141 ff. Sintenis, Streitfragen S. 53 ff.

2) Bas. lib. 25 tit. 2 (Heimb. III. p. 69).

3) De pign. et hyp. cap. 8.

4) Dennoch fand die Anſicht des Accurſius ſpäter noch in Petrus Pithoeus einen Vertheidiger, ſ. Excerpta quaedam ex adversariis Petri Pithoei bei Meermann, thesaur. I. p. 353.

5) De pignor. et hypoth. lib. II. cap. 8.

Quodsi dominus solverit pecuniam, von einer an den Afterpfandgläubiger geschehenen Zahlung, und findet die Frage Marcian's: Sed potest dubitari u. s. w. dahin ausgesprochen: ob dem Afterpfandgläubiger das Gezahlte an Pfandes Statt oder zu Eigenthum verbleibe. Die Norm für die Entscheidung dieses Punktes solle der Ausspruch des Pomponius abgeben. Die letztere Ansicht ist an sich nicht unrichtig; nur das ist zu tadeln, daß er, um die Anwendung der von Pomponius aufgestellten Grundsätze für möglich zu halten, den Fall, von dem Marcian spricht, für denselben hält, den Pomponius behandelt, und darum in dem Fall des Marcian ebenfalls eine Zahlung an den secundus creditor voraussetzt. Er übersieht dabei, daß Marcian vom Afterpfandrecht, Pomponius aber vom Forderungspfandrecht handelt, und daß darum der secundus creditor des Pomponius mit dem creditor Marcian's nichts zu thun hat: jener ist einfach der Forderungspfandgläubiger, dieser der Afterverpfänder. Ueberdies ist er zu der Künstlichkeit gezwungen, die actio utilis, nach der Marcian fragt, mit „Pfandrecht" zu übersetzen.

Die Punkte, um welche in der neueren Literatur bei Erklärung der l. 13 §. 2 cit., von den Worten: Quodsi dominus solverit an, gestritten wird, sind

1) ob an den Afterpfandgläubiger oder den Afterverpfänder diese Zahlung geschehen sei.

Die gemeine Meinung ist dafür, das Letztere anzunehmen[1]); ich stimme derselben bei. Die Gründe dafür hat uns oben schon die Interpretation der Stelle an die Hand gegeben. Dieser Punkt an sich ist jedoch eines Streites nicht werth. Daß die Stelle von der einen wie der andern Annahme aus dennoch im Grunde denselben richtigen Sinn geben kann, erhellt aus dem oben Gesagten. Wichtiger sind die folgenden Streitfragen:

2) ob die actio utilis, nach der Marcian fragt, eine dingliche actio utilis hypothecaria des Afterpfandgläubigers

1) So Merillius observ. lib. VII. cap. 35, Glück, Gaupp, Gesterding, Mühlenbruch, Windscheid, Dernburg u. s. w.; für die andere Ansicht Trotsche, Huschke, Puchta.

ſei, oder eine perſönliche actio pignoratitia des Afterverpfänders gegen den Afterpfandgläubiger. Gegenſtand dieſer pignoratitia ſoll ſein Reſtitution deſſen, was der Afterpfandgläubiger von dem dominus über den Betrag ſeiner ihm gegen den Afterverpfänder zuſtehenden Forderung eingenommen hat.

Für die letztere Anſicht ſind Trotſche[1]), Puchta[2]), v. Vangerow[3]), dagegen iſt die gemeine Meinung, der auch ich mich anſchließe, für die erſtere. Die gegneriſche Anſicht iſt unhaltbar, zunächſt weil die actio pignoratitia keine utilis ſein könnte, ſondern in ganz normaler Weiſe aus dem zwiſchen dem Afterverpfänder und dem Afterpfandgläubiger beſtehenden pfandcontractlichen Verhältniß entſpringen würde.[4]) Es wäre ferner unbegreiflich, wie Marcian eine ſolche ſo leicht und einfach zu beantwortende Frage als eine ſchwierige und zweifelhafte hätte hinſtellen können: Sed potest dubitari u. ſ. w. Endlich wäre die Diſtinction des Pomponius zwiſchen dem gezahlten corpus und der geleiſteten pecunia, die Marcian entſchieden auf ſeinen Fall angewandt wiſſen will, völlig bedeutungslos. Der Afterpfandgläubiger wird in beiden Fällen die hyperocha herausgeben müſſen, falls der dominus an ihn gezahlt hat, nur daß dies von ſeiner Seite, falls er Geld eingenommen hat, ſofort, falls er ein corpus erhalten, erſt, nachdem er dies veräußert hat, geſchehen muß. Wie mit dieſen Sätzen die Lehre vom Forderungspfandrecht in irgend welcher Verbindung ſtehen ſoll, iſt nicht zu erſehen; ſie folgen vielmehr aus den allgemeinen über den contractus pignoratitius geltenden Grundſätzen.

Trotſche beruft ſich für dieſe Anſicht darauf, daß der Fall Marcian's genau derſelbe ſei, wie der des Pomponius, daß alſo hier wie dort an den secundus creditor gezahlt ſei, daß alſo eine actio nur für den Afterverpfänder möglich ſei. Die

1) A. a. O. S. 129 ff.
2) Vorleſ. I. S. 437. 438.
3) Pandekten 7. Aufl. S. 815.
4) Vgl. Dernburg, Pfandrecht I. S. 480 Note 9.

oben ſchon gegen Donellus gemachte Bemerkung trifft genau auch gegen Trotſche zu.

Die ferner zu behandelnden Behauptungen finden ſich nur vereinzelt bei den einzelnen Schriftſtellern, denn faſt keiner hat die l. 13 §. 2 cit. beſprochen, ohne an dem einen oder anderen Punkte eine beſondere Anſicht zu vertreten. So ergänzt

3) Gaupp[1]) in den von Marcian angezogenen Worten des Pomponius exacta ea die Worte et solvit, und nach et solverit den Bedingungsſatz, hoc si secundus creditor exegerit, ſo daß die Stelle am Schluß den Sinn erhält: Wenn der, deſſen nomen (oder pignus) zu Pfand gegeben iſt, dem primus creditor Geld ſchuldet und gezahlt hat, ſo wird der zweite Gläubiger, nachdem er es (vom erſten) mit der utilis actio hypothecaria beigetrieben, damit compenſiren; hat der Schuldner aber ein corpus geſchuldet und gezahlt, ſo wird der zweite Gläubiger, wenn er dies mit der actio utilis eingeklagt, daſſelbe an Pfandes Statt behalten.

Gaupp meint demnach, daß es ohne tiefere Bedeutung iſt, wenn der Juriſt bei der pecunia ſagt exacta ea, bei dem corpus, si solverit; er habe beidemale ganz daſſelbe ſagen wollen und nur zufällig mit den Worten gewechſelt. Schon dies iſt falſch, denn die pecunia wird der Gläubiger auch auf ſeine Klage, das corpus nach claſſiſchem römiſchen Recht nur erhalten, falls der Schuldner freiwillig zahlt, wie wir das ſchon oben, wo wir vom Forderungspfandrecht ſprachen, bemerkt haben. Wir haben demnach alſo, gegen Gaupp, guten Grund dafür, anzunehmen, daß das solverit dem exacta ea entſpricht, nicht, daß das Eine bei dem Andern ergänzt werden müſſe. Ebenſo entſpricht ſich in der l. 18 pr. D. de pign. act. (13, 7) exactam pecuniam und id (corpus), quod acceperis. Das exigere hat dann ebenſo wie das deutſche „beitreiben" den doppelten Sinn der klagbaren Geltendmachung der Forderung und der Ausübung derſelben durch „Erheben, Einkaſſiren" des

1) De nominis pignore S. 43 ff.

Geſchuldeten. Das Hauptgewicht iſt aber ferner darauf zu legen, daß nach Gaupp's Anſicht der Unterſchied völlig verſchwindet, der zwiſchen dem Fall, wo pecunia, und dem wo ein corpus gezahlt iſt, gemacht werden ſoll, denn nach ihm ſoll in beiden Fällen der Afterpfandgläubiger eine actio utilis hypothecaria haben, ſowohl Geld wie corpus ſoll pfandweiſe verhaftet ſein. Damit verſtößt er entſchieden gegen die Intention Marcian's, der in ſeiner Frage nummi und res einander gegenüberſtellt, und auch den Pomponius für pecunia und corpus eine beſondere Antwort geben läßt. Endlich würde die Entſcheidung, die Pomponius nach Gaupp's Interpretation für den Fall eines verpfändeten nomen giebt, gar nicht paſſen. Der Juriſt hätte dann nur den, beim pignus nominis anormalen, Fall berückſichtigt, wo der erſte Schuldner an ſeinen Gläubiger, nicht an den Pfandgläubiger zahlte. Man ſieht auch an dieſer Erklärung, zu welchen gezwungenen Anſichten das Beſtreben führt, den Worten des Pomponius und den eigenen Worten des Marcian denſelben Fall unterzulegen. Die Rückſicht wird von vielen Schriftſtellern außer Acht gelaſſen, daß Marcian vom Afterpfand und Pomponius vom Forderungspfand redet. Gaupp will, daß beidemale von einer Zahlung an den zweiten Gläubiger geſprochen wird; ebenſo wie Trotſche, daß beide von einer Zahlung an den erſten Gläubiger handeln. Jener verſtößt damit gegen die Natur des Forderungs-, dieſer gegen die des Afterpfandrechts. Wie für das Forderungspfandrecht die Zahlung an den zweiten Gläubiger, ſo iſt für das Afterpfandrecht die Zahlung an den erſten Gläubiger der normale Fall, und doch können die Principien, die hier wie da zur Geltung kommen, dieſelben ſein. Gleich gezwungen iſt eine fernere Anſicht Trotſche's[1]), nämlich

4) daß in der l. cit. ein Fall vorausgeſetzt werde, wo neben der Afterverpfändung eine ausdrückliche Verpfändung des nomen's vorgelegen habe.

Erſichtlich hat dieſe Anſicht ihre Veranlaſſung nur in dem Be-

1) A. a. O. S. 139.

ſtreben, die Bezugnahme Marcian's auf Pomponius zu erklären. Derjenige zahlende Schuldner, von dem Marcian eben als dominus der Pfandſache ſpricht, wird hier, nach Trotſche's Anſicht, als is, cujus nomen pignori datum est, bezeichnet; wenn das decisum auf den Fragefall paſſen ſollte, müßte auch Marcian eine Verpfändung der Forderung vorausgeſetzt haben. Auch dieſe Behauptung iſt Conſequenz der eben gerügten Anſicht, daß Marcian den Pomponius anführe, weil dieſer denſelben Fall entſcheide.

5) Huſchke[1]) will unſerer Stelle durch Emendation helfen, indem er ſtatt cujus nomen pignori datum est leſen will, cujus nomine pignori datum est, und ſtatt exacta ea creditorem secum pensaturum vermittelſt einer doppelten Gemination die Worte: exactam eam a creditore creditorem secundum secum pensaturum, ſetzt, geſtützt auf eine ſchon von der Gloſſe bemerkte Variante: exactam a creditore se compensaturum.

Auch dieſe Emendation hat augenſcheinlich den Zweck, die Unbequemlichkeit verſchwinden zu machen, daß Pomponius, auf deſſen Entſcheidung Marcian ſich doch beruft, anſcheinend einen ganz abſeitliegenden Fall behandelt. Wir werden daher ſchon deshalb gegen dieſe Emendation ſein, weil für uns jene Unbequemlichkeit und damit ein Bedürfniß nach einer Verbeſſerung der Stelle nicht exiſtirt. Ueberdies führt ſie auch zu falſchen Anſchauungen. Das cujus nomine pignori datum est iſt deshalb falſch, weil Afterverpfändung, auch wenn man annehmen wollte, daß der Afterverpfänder die Sache verpfände, immer von dem Pfandgläubiger im eigenen Namen vorgenommen wird, wie Trotſche[2]) ganz richtig ausführt. Eine Verpfändung im Namen des Schuldners würde ganz andere Wirkungen haben; entweder wäre ſie eine bedingte, nämlich bedingt durch die Zuſtimmung des Schuldners, oder, falls man fingirte, daß der Schuldner durch ſeine Verpfändung dem Pfandgläubi-

1) Zeitſchr. für Civilr. u. Proc. Bd. 20. S. 228 ff.
2) A. a. O. S. 10 ff.

ger schon zu einer von diesem etwa vorzunehmenden Verpfändung zugestimmt hätte, in ihren Wirkungen von dem ferneren Bestehen des Pfandrechts des Afterverpfänders völlig unabhängig; es würde dann ja so angesehen werden, als habe der Eigenthümer selbst verpfändet, nur vertreten durch den Pfandgläubiger. In beiden Fällen würde aber das bestellte Pfandrecht, wie leicht ersichtlich ist, kein Afterpfandrecht sein. Es wird demnach bei der alten Lesart, cujus nomen pignori datum est, verbleiben müssen. Die zweite Aenderung, derzufolge dem Afterpfandgläubiger das Recht zustehen soll, die dem Afterverpfänder gezahlten Geldstücke mit der actio utilis hypothecaria zu verfolgen, ruht auf einer rein subjectiven Ansicht Huschke's, und erscheint demnach als eine durchaus willkürliche Emendation, der wir uns eben deshalb nicht anschließen, weil wir über diesen Punkt anderer Meinung sind. Auch hat die Emendation Huschke's in der Wissenschaft keinen Anklang gefunden.[1])

Die eigenthümliche Ansicht, die Hepp aus der l. cit. hergeleitet hat, nämlich, daß das nomen, von dessen Verpfändung Pomponius spreche, der Anspruch sei, der dem Afterverpfänder ex contractu pignoratitio gegen seinen Schuldner zustehe, ist schon oben angeführt und verworfen worden.

In den letzten praktischen Resultaten, die man aus der l. cit. herleitet, ist man übrigens so ziemlich einerlei Ansicht. So wird allgemein zugestanden, daß der Afterpfandgläubiger an dem von dem Schuldner geleisteten corpus ein Pfandrecht erwirbt. Die gegentheilige Ansicht, welche demselben hier sowohl wie beim Forderungspfandrecht nur ein Retentionsrecht zuerkennen will[2]), ist schon längst als falsch erkannt und verworfen worden.[3]) Nur hat man sich oft verleiten lassen, corpus für eine nicht fungible Sache zu nehmen und die pecunia als Repräsentantin der Fungibilien aufzufassen.[4]) Aus schon

1) Vgl. Brinz, Pand. I. S. 324.

2) Trotsche S. 114 ff. 134. Mühlenbruch S. 346. 347.

3) Vgl. Sintenis Streitfr. S. 26 ff. u. Pfandrecht S. 156 ff. v. Vangerow, Pand. I. S. 813. Dernburg, Pfandrecht I. S. 467. 468.

4) Soz. B. Sintenis, Streitfr. S. 75. Pfandrecht S. 184. Trotsche

oben angeführten Gründen muß ich dieſe Anſicht theoretiſch verwerfen[1]; doch kommt Beides praktiſch auf daſſelbe Reſultat hinaus. Das Pfandrecht, welches ich dem Afterpfandgläubiger auch an allen geleiſteten Fungibilien, die nicht Geld ſind, zuerkenne, wird praktiſch für ihn meiſtens ohne Bedeutung bleiben: es wird regelmäßig durch irgend welche äußere Vorgänge, namentlich durch Confuſion, kaum entſtanden, untergehen. Andererſeits will man, ebenfalls gegen meine Anſicht, dem Afterpfandgläubiger auch an dem gezahlten Gelde ein Pfandrecht zuerkennen[2]; ich kann dies aus denſelben Gründen nicht für richtig erkennen, die mich oben, bei der Lehre vom Forderungspfandrecht, bewogen, dort eine gleiche Behauptung zu verwerfen. Praktiſch iſt auch hier dieſe Meinungsdifferenz gleichgültig; auch dies Pfandrecht wird regelmäßig, ſeien die Münzen an den Afterverpfänder oder an den Afterpfandgläubiger gekommen, ſofort durch Confuſion vernichtet werden. Theoretiſch bleibt der Punkt dennoch gleich wichtig; es handelt ſich um einen Satz, an dem das innerſte Weſen des Pfandrechts, wenigſtens wie ich es auffaſſe, zu ſeiner Erſcheinung kommt.

Als eine theoretiſche Begründung dieſer praktiſchen Reſultate erſcheint die ſchon oben verworfene Anſicht, daß das subpignus zugleich ein pignus nominis ſei. Daß jene Reſultate auch ohne dieſe Annahme juriſtiſch conſtruirbar ſind, hoffe ich gezeigt zu haben. Es verſchwindet damit der Einwurf Dern-

---

S. 131. Mühlenbruch, 2. Aufl. S. 334; in der 3. Aufl. S. 345 Note 222 umgeht er den Punkt, um den es ſich handelt.

1) Ausdrücklich ſpricht ſich ſchon Hepp, civ. Arch. Bd. 13. S. 367. 368 eben dahin aus.

2) Dieſe Anſicht iſt übrigens erſt in neuerer Zeit aufgekommen. S. nam. Brinz, Pand. I. S. 324. Schmid, Ceſſion I. S. 120 ff. 160. Nur Gaupp l. cit. hatte ſie ſchon früher vertheidigt, aber ohne Erfolg. Uebrigens ſuchen die Schriftſteller, die mit uns hier einerlei Meinung ſind, den Grund dafür, daß an Geld kein Pfandrecht weder vom Forderungsgläubiger noch vom Afterpfandgläubiger erworben wird, nicht wie wir in dem Weſen des Pfandrechts, ſondern in der Unverfolgbarkeit des Geldes, alſo in einem äußerlichen Grunde, der das Geld mit allen Fungibilien auf gleiche Stufe ſtellt, vgl. Mühlenbruch 3. Aufl. a. a. O. v. Löhr, civ. Arch. Bd. 14. S. 163. Windſcheid, Pand. I. §. 239 Note 16 u. A.

burg's[1]), daß unſere Anſicht „an die Stelle innerer Geſetzmäßigkeit Willkür und ſchrankenloſe Billigkeit ſetze.“ Die anderweitigen praktiſchen Reſultate, die, nur aus jener theoretiſchen Anſchauung hergeleitet, in den Quellen ohne Beſtätigung bleiben, ſind demnach zu verwerfen. So werden wir alſo namentlich dem Afterpfandgläubiger nicht das Recht zuſprechen, durch Denunciation an den Schuldner des Afterverpfänders eine ſpäter von dieſem an ſeinen Gläubiger geleiſtete Zahlung ſich gegenüber unwirkſam zu machen; ſo werden wir auch dem Afterpfandgläubiger die actio utilis in personam gegen den Schuldner des Afterverpfänders unbedingt verſagen.

1) Pfandrecht I. S. 481.

VI.

Inhalt des Afterpfandrechts.

Das Afterpfandrecht ſtellt, wie wir oben geſehen haben, den Inhalt des verpfändeten Pfandrechts ſeinem Subjecte völlig zu Gebote. In dieſer völligen Herrſchaft über das verpfändete Pfandrecht und die in demſelben enthaltenen einzelnen Befugniſſe liegt im Allgemeinen der Inhalt eines jeden Afterpfandrechts. Die äußere Geſtaltung und Wirkung dieſes Inhalts wird demnach nach der verſchiedenen Erſcheinungsform ſeines Objects wechſeln. Unſere Darſtellung muß daher die verſchiedenen durch dieſen Umſtand bedingten Formen des Afterpfandrechts unterſcheiden.

1. Afterpfandrecht an einem Sachenpfandrecht.

Das Sachenpfandrecht äußert ſich formell in der unmittelbaren Unterwerfung der Sache unter den Willen des Berechtigten; es erwächſt dem Pfandgläubiger aus ſeinem Pfandrecht darum die in rem actio hypothecaria, eine utilis rei vindicatio. Dieſelbe Klage, dieſelbe Herrſchaftsbefugniß ſteht auch dem Afterpfandgläubiger zu; doch wirkt dieſelbe nach außen hin natürlich nicht in Geſtalt einer directa actio hyp., denn die Sache, auf welche die Klage ſich richtet, iſt dem Afterpfandgläubiger nicht verpfändet; die Klage, die demſelben zuſteht, iſt nur eine utilis actio, eben weil nur das Pfandrecht an

gläubigers müßte eine directa ſein; denn der Verpfändung unkörperlicher Sachen müßte ebenſo eine directa actio hypothecaria entſpringen, wie der Verpfändung körperlicher Sachen. Ganz richtig; nur iſt dabei überſehen, daß in dem utilis, um es recht paradox auszudrücken, der Sinn von directa hypothecaria ſteckt. Das Wort utilis deutet, wie ſchon oben erwähnt iſt, an, daß die angeſtellte Klage nicht einem dem Kläger zuſtehenden Forderungs-, Servitutrecht u. ſ. w., ſondern einem Pfandrecht an dem geltend gemachten Recht entſpringe. Ebenſo iſt die utilis hypothecaria des Afterpfandgläubigers Ausdruck davon, daß er nicht ein Pfandrecht an der Sache, ſondern ein Pfandrecht an dem geltend gemachten Pfandrecht verfolge.

Die älteren Juriſten erklärten allerdings die utilis hyp. anders als wir. Sie ſahen, wie oben ausgeführt iſt, in der Afterverpfändung eine zweite Verpfändung der Sache ſelbſt, und hielten die hypothecaria actio des Afterpfandgläubigers für eine utilis, weil ihm nicht der Eigenthümer, ſondern nur ein Pfandgläubiger verpfändet habe.[1])

Trotſche[2]) hält die utilis actio für eine utilis Serviana, weil er eine utilis hypothecaria nicht erklärlich findet. Daß eine utilis hypothecaria hier wirklich am Platze ſei, ſcheint mir aus dem Obigen hervorzugehen; es fällt daher das Bedürfniß fort, nach einer andern nicht ſo nahe liegenden Erklärung zu ſuchen.

Vorausſetzung der actio hypothecaria des Afterpfandgläubigers iſt Beſtehen ſeines Afterpfandrechts; weder ſeine ihm gegen den Afterverpfänder noch die dem Afterverpfänder gegen ſeinen Schuldner zuſtehende Forderung darf durch solutio oder satisfactio getilgt ſein; weder durch ihn, noch durch den Afterverpfänder darf verhindert ſein, quominus ei solvatur satisve fiat. Die negativen Vorausſetzungen der actio hypothecaria: neque debitum solutum eove nomine satisfactum esse, aut

1) Vgl. die in der Einleitung zuſammengeſtellte ältere Literatur.
2) A. a. O. S. 56.

per Am. Am. stare, quominus solvatur satisve fiat, wiederholen sich also in der Afterpfandklage zweimal, einmal für das verpfändete Pfandrecht, das andere Mal für das Afterpfandrecht selbst.[1])

Die Möglichkeit der Anstellung der Afterpfandklage hängt überhaupt in jedem Punkt von der Möglichkeit der dem verpfändeten Pfandrecht entspringenden actio hypothecaria ab. In dieser Hinsicht wird es auch von Wichtigkeit, ob dem Afterverpfänder ein Faustpfand oder eine Hypothek bestellt war. Im ersten Fall kann der Afterpfandgläubiger, sobald die Zeit der Geltendmachung seiner Forderung gekommen ist, sich stets sofort in den Besitz der Sache setzen, weil das Besitzrecht seines Verpfänders schon existent und wirksam ist; im zweiten Fall muß er damit warten, bis auch für den Afterverpfänder die Zeit der Anstellung seiner actio hypothecaria gekommen ist. Für das Afterpfandrecht selbst kann man genau genommen ein Afterfaustpfand und eine Afterhypothek nicht unterscheiden, denn das Pfandrecht, welches Object des Afterpfandrechts ist, kann nicht besessen werden. Nur ein äußerlich ähnliches Verhältniß ist möglich, indem die Afterverpfändung bald mit Uebergabe der Sache verbunden sein, bald ohne dieselbe geschehen kann. Die Quellen setzen regelmäßig den ersten Fall voraus; daher die häufige Redewendung pignus pignori dare. Dennoch wird auch hier ein wirkliches pignus nicht begründet, denn die Sache, die auf diese Weise in den Besitz des Afterpfandgläubigers tritt, ist ihm nicht verpfändet. Von Bedeutung wird der hier behandelte Umstand nicht für die Gestaltung des Afterpfandrechts selbst, sondern nur für die praktische Geltendmachung desselben in actio utilis hypothecaria und possessorischen Interdicten. Die Möglichkeit der actio hypothecaria entsteht in diesem Falle nämlich sofort durch Begründung des Afterpfandrechts; so wie der Afterpfandgläubiger den Besitz verliert, kann er denselben sich sogleich vermittelst dieser Klage wieder verschaffen. Darum schließt die l. 13 §. 2 cit. an den Satz: Quum pignori rem pignoratam accipi posse

1) Vgl. Schmid a. a. O. S. 157 ff.

placuerit, ſofort im Präſens die Wirkung an: et tam exceptio quam actio utilis ei danda est. Die Voranſtellung der exceptio beweiſt überdies noch, daß der Juriſt an den Fall denkt, wo die res pignorata in den Beſitz des Afterpfandgläubigers übergegangen iſt. Iſt der Beſitz der Sache nicht übertragen, ſo treten einfach die oben angegebenen Grundſätze in Wirkung. Es iſt die Möglichkeit der Afterpfandklage alſo wenigſtens immer davon abhängig, daß die Forderung des Afterpfandgläubigers Geltendmachung des Pfandrechts verlange. Das Nähere über dieſen Punkt gehört in die Lehre vom Pfandrecht überhaupt. Ueberdies erwirbt der Afterpfandgläubiger an der ihm übertragenen Pfandſache juriſtiſchen Beſitz, alſo neben der actio hypothecaria utilis die poſſeſſoriſchen Interdicte. Dies bezeugt die l. 14 §. 3 D. de temp. praeser. (44, 3), welche den Afterpfandgläubiger zu denjenigen rechnet, die ſich bei dem interdictum utrubi die Zeit, in der ſeine Vorgänger, hier der erſte Verpfänder und der Afterverpfänder, beſeſſen haben, anrechnen können.[1])

So macht ſich das Afterpfandrecht nach außen hin in der actio utilis hypothecaria, geeigneten Falls in der exceptio hypothecaria, der Afterpfandbeſitz in den poſſeſſoriſchen Interdicten geltend.

Darüber, wie ſich der Inhalt des Afterpfandrechts, als Recht auf den Vermögenswerth ſeines Objects, befriedigt, iſt ſchon oben bei der Begriffsbeſtimmung des Afterpfandrechts das Wichtigſte kurz angedeutet worden. Es bedarf hier nicht des Rechts, das ihm unterliegende Object zu verkaufen, um den Vermögenswerth deſſelben herzuſtellen; es bedarf nur der vollen Ausübung des

1) Vgl. v. Savigny, Recht des Beſitzes, 6. Aufl. S. 493. 494 Note 4. — Daß der §. 1 der l. 14 cit. diejenigen, welche ein Recht auf Anrechnung der Beſitzzeit ihres Vorgängers haben (und damit alſo auch den Pfand- und Afterpfandgläubiger), als ſolche bezeichnet, qui in locum aliorum succedunt, iſt einer der ſtärkſten Gründe Schmid's für ſeine ihm zur Grundlage der Lehre vom Pfandrecht dienende Succeſſionstheorie. Man vgl. aber das pr. eod.: De accessionibus possessionum nihil in perpetuum neque generaliter definire possumus: consistunt enim in sola aequitate.

ihm unterworfenen Rechts, denn in ſeiner eigenen vollen Ausübung producirt das Pfandrecht ſeinen Vermögenswerth. Das in dem hier betrachteten Fall afterverpfändete Sachenpfandrecht iſt gerichtet auf den Vermögenswerth der ihm unterworfenen Sache. Es ſtellt den Vermögenswerth derſelben durch ihren Verkauf her; das Sachenpfandrecht enthält demnach das Recht der Veräußerung der verpfändeten Sache. In dieſer Veräußerung findet es die volle Ausübung ſeines Inhalts. Das Afterpfandrecht ſtellt, wie jede andere in dem verpfändeten Pfandrecht liegende Befugniß, auch dieſe Verkaufsbefugniß dem Afterpfandgläubiger zu Gebote.

Der Afterpfandgläubiger hat demnach das Recht, die dem verpfändeten Pfandrecht unterworfene Sache zu veräußern.

Wenn dem Sachenpfandrecht aber auch die ganze Sache unterworfen iſt, um den Vermögenswerth derſelben durch Verkauf herzuſtellen (pignoris causa est individua), ſo darf der Pfandgläubiger dennoch von dem erhaltenen Kaufpreis nur ſo viel für ſich behalten, als hinreicht, um ihn für ſeine Forderung zu befriedigen. Das Afterpfandrecht iſt nun ſeinerſeits auf die Quote des Werthes des verpfändeten Pfandrechts gerichtet, welche der Forderung des Afterpfandgläubigers gegen den Afterverpfänder gleichkommt. In ſeiner Dispoſition über die afterverpfändete Sache iſt der Afterpfandgläubiger alſo, falls er dieſelbe verkauft und ſich aus dem Erlös befriedigen will, an eine doppelte Grenze gebunden. Er darf die Summe nicht überſchreiten, auf die das verpfändete Pfandrecht ſich richtet, denn nur in dieſer beſtimmten Quote beſteht der Vermögenswerth des ihm verpfändeten Objects; er darf ferner von dieſer Quote nur ſo viel für ſich verwenden, als dem Vermögenswerth gleichkommt, den er vom Afterverpfänder zu fordern hat, denn nur auf dieſen Vermögenswerth richtet ſich ſein Afterpfandrecht.

Dieſe Sätze, Conſequenzen unſerer Anſicht, finden denn auch in den Quellen unmittelbar ihre Beſtätigung.

Das Recht des Afterpfandgläubigers, die Sache zu veräußern, die dem verpfändeten Pfandrecht unterworfen iſt, wird bezeugt in der

l. 1 C. si pign. pignori (8, 24):

— — Quodsi — — ante exsolutam a domino pecuniam creditor secundus pignus acceptum vendidit, non posse venditionem, post soluta pecunia, rescindi —

Andererſeits giebt die ſchon öfter angezogene l. 13 §. 2 D. de pign. (20, 1) die Grenze an, innerhalb deren der Afterpfandgläubiger zum Zweck ſeiner Befriedigung über den erhaltenen Kaufpreis verfügen kann, mit den Worten:

— — quatenus utraque pecunia debetur, pignus secundo creditori tenetur, — —

d. h. „ſoweit die beiden Forderungen, nämlich die des Afterver„pfänders gegen ſeinen Schuldner und die des Afterpfandgläu„bigers gegen den Afterverpfänder, in der Quantität Vermögens„werth ſich decken, auf die ſie ſich richten, ſoweit iſt dem After„pfandgläubiger das Pfand verhaftet, ſoweit kann er ſich aus „dem Vermögenswerth deſſelben befriedigen.

Unnütz iſt der Streit darüber, ob quatenus hier nicht etwa den Sinn von quamdiu habe. Die letztere Anſicht iſt namentlich von Huſchke[1]) vertreten. Beide Sätze, das Afterpfand haftе ſo lange und ſo weit als beide Forderungen, neben einander beſtehend, ſich decken, ſind gleich richtig und gleichermaßen auch allgemein anerkannt. Mathematiſch zwingender Beweis kann weder für die eine noch für die andere Ueberſetzung erbracht werden. Der Zuſammenhang der Stelle ſcheint jedoch für die von uns gewählte Ueberſetzung zu ſprechen, weil ſonſt der Juriſt in dem den angeführten Worten folgenden Satze: Quodsi dominus solverit pecuniam etc. ſogleich noch einmal wiederholen würde, was er nach der Anſicht der Gegner ſchon mit den Worten quatenus utraque pecunia debetur geſagt haben ſoll. Nach unſerer Erklärung iſt aber Alles im beſten Einklange. Mit den letzten Worten ſagt er, daß bei der Begründung des Afterpfandrechts daſſelbe auf denjenigen Theil des

1) De pignore nominis p. 29 not. y. Ihm ſchließt ſich Mühlenbruch, 3. Aufl. S. 344 Note 220 an. Die allgemein angenommene Ueberſetzung iſt die, die wir vorgetragen haben.

Vermögenswerthes der Sache gerichtet ſei, der gleichermaßen in der Forderung des Afterpfandgläubigers wie des Afterverpfänders enthalten iſt. Der folgende Satz: Quodsi dominus u. ſ. w. giebt dann das Princip an, demzufolge das Afterpfandrecht in ſeinem Beſtehen afficirt wird, falls der dominus Zahlung leiſtet: die Zahlung tilgt entweder ganz das Afterpfandrecht, oder mindert doch, falls nur zum Theil gezahlt iſt, den Vermögenswerth, auf den das Afterpfandrecht ſich richtet.

Die Wirkung des von dem Afterpfandgläubiger vorgenommenen Verkaufs iſt genau dieſelbe, wie wenn der Afterverpfänder ſelbſt verkauft hätte. Der Käufer erwirbt alſo, ſobald er gezahlt und ſobald ihm tradirt iſt, ſofort Eigenthum. Beſtätigt wird dieſer Satz durch die ſchon oben benutzte l. 1 C. si pign. pignori (8, 24), welche für den Fall, wo dem Afterverpfänder nur der ususfructus verpfändet war, dieſer aber das Grundſtück ſelbſt (possessio) afterverpfändete, dem durch den Afterpfandgläubiger geſchehenen Verkauf der Sache die Wirkung abſpricht: dominio vos privare nequivit. Das argumentum a contrario ergiebt den von uns aufgeſtellten Satz. Die von Schmid[1]) aufgeſtellte Anſicht, daß der Käufer zunächſt durch den Verkauf vermittelſt fingirter Ceſſion der Afterpfandklage Pfandrecht erhalte, iſt Ausfluß eines Princips, das hier ſeine nähere Erörterung nicht finden kann.

Der Afterpfandgläubiger erwirbt ſeinerſeits an den gezahlten Geldſtücken ſofort Eigenthum, denn dieſe Geldſtücke repräſentiren unmittelbar den Vermögenswerth, den ſein Afterpfandrecht erſtrebt, ebenſo wie der Forderungspfandgläubiger an den gezahlten nummi, der Sachpfandgläubiger an dem gezahlten Kaufpreis unmittelbar Eigenthum erwirbt. Schmid's eigenthümliche, auf Quellenzeugniſſe nicht geſtützte Deduction[2]), daß „der Afterpfandgläubiger an dem Kaufgelde zuvörderſt in Vertretung des „Afterverpfänders für den erſten Verpfänder Eigenthum und für „den Afterverpfänder Pfandbeſitz, in eigener Vertretung aber für

1) A. a. O. S. 249.
2) Ebendaſ.

„ſich ſelbſt Afterpfandbeſitz erwirbt, darauf, ſoweit der Afterver-
„pfänder berechtigt iſt, um ſich bezahlt zu machen, ſein Pfand-
„recht und ſeine Forderung mit ſeiner Pfandrückgabeverbindlichkeit
„zu compenſiren, für den Afterverpfänder dauernde Befriedigung,
„endlich ſoweit ihn die Fälligkeit der eigenen Forderung berechtigt,
„ſich ſelbſt bezahlt zu machen, durch Compenſation ſeiner Forderung
„und ſeines Afterpfandrechts mit der Afterpfandrückgabeverbindlich-
„keit, für ſich ſelbſt dauernde Befriedigung“ u. ſ. w. ſcheitert an der eigenen Künſtlichkeit. Sie ſetzt überdies voraus, daß der Pfandgläubiger berechtigt ſei, an dem ihm verpfändeten, oder gar afterverpfändeten Object ſich durch eigene Handlung in ſeiner Eigenſchaft als Pfandgläubiger Eigenthum zu verſchaffen. Dieſe Befugniß ſteht ihm niemals zu, wie dies namentlich die Lehre von dem jus dominii impetrandi deutlich zeigt. Ein zufälliger äußerer Vorgang, z. B. Confuſion, kann ihn zum Eigenthümer von verpfändeten Fungibilien machen; niemals kann er in einer ſolchen Handlung ein ihm als Pfandgläubiger zuſtehendes Recht ausüben.

Die Frage, von welchen Vorausſetzungen die Geltendmachung des dem Afterpfandgläubiger zuſtehenden Verkaufsrechts abhängig ſei, beantwortet ſich leicht, wenn man beachtet, daß in dieſem Verkauf der Afterpfandgläubiger zugleich einerſeits das dem verpfändeten Pfandrecht und andererſeits das dem Afterpfandrecht innewohnende Recht auf den Vermögenswerth ſeines Objects geltend macht. Der Verkauf iſt zugleich Ausübung des verpfändeten Pfandrechts und des Afterpfandrechts; vermittelſt deſſelben ſtellt er zunächſt den Vermögenswerth der Sache, in dieſem den Vermögenswerth des verpfändeten Pfandrechts her. Daß dieſe Geltendmachung des verpfändeten Pfandrechts für das Afterpfandrecht dieſelbe Bedeutung hat, wie der Verkauf der Sache für das Sachenpfandrecht, iſt klar. Ebenſo ſteht andererſeits die Geltendmachung der verpfändeten Forderung dem Verkauf der Sache gleich. In allen Fällen vollzieht ſich derſelbe juriſtiſche Vorgang: indem der Pfandgläubiger den Vermögenswerth des ihm verpfändeten Objects herſtellt, tritt daſſelbe aus dem Vermögen des Verpfänders heraus, entweder indem

es untergeht, wie beim Afterpfand und dem Forderungspfand, oder indem es in das Vermögen eines Anderen übergeht. Dieſe Wirkungen der vollen Geltendmachung des Pfandrechts haben die Beſtimmungen über die Vorausſetzungen derſelben, namentlich die Anordnung von geſetzlichen Friſten, zur Folge gehabt, damit während derſelben der Verpfänder das Pfandobject noch durch Zahlung vom Pfandrecht befreien könne. Ihre beſondere Ausbildung haben dieſe Beſtimmungen für das Sachenpfandrecht gefunden, als für den regelmäßigen Fall; daß ſie auch auf die anderen Arten des Pfandrechts ihre Anwendung finden müſſen, in welcher Form ſich auch der dem Pfandrecht innewohnende Inhalt äußern mag, leidet nach dem Geſagten keinen Zweifel.

Demnach muß der veräußernde Afterpfandgläubiger

1) dem Eigenthümer gegenüber die Solennien des Pfandverkaufs einhalten, ganz auf dieſelbe Weiſe, wie der Afterverpfänder es müßte, denn in dem Verkauf übt der Afterpfandgläubiger das Pfandrecht ſeines Verpfänders aus. Eine zwiſchen dem Afterverpfänder und Eigenthümer abgeſchloſſene Vereinbarung über den Verkauf der Sache[1]) würde demnach ebenſo bindend reſp. berechtigend ſein für den Afterpfandgläubiger, wie ſie für den Afterverpfänder bindend oder berechtigend iſt, ſei es nämlich, daß die für den Verkauf beſtimmte geſetzliche Friſt abgekürzt oder verlängert, oder gar ein pactum de non vendendo abgeſchloſſen ſei. Ebenfalls muß der Afterpfandgläubiger an den dominus ebenſo denunciren, wie es der Afterverpfänder müßte, u. ſ. w. Die dabei obwaltenden Streitfragen, ob mora des Schuldners erforderlich ſei, oder nicht u. ſ. w.[2]), können hier ihre Erledigung nicht finden.

2) muß der Afterpfandgläubiger aber auch die Solennien des Verkaufs dem Afterverpfänder gegenüber einhalten, weil er in dem Verkauf der Sache zugleich ſein eigenes Pfandrecht an dem Pfandrecht des Verpfänders ausübt. Es muß die Schuld

1) l. 3 §. 1 C. de jure dom. (8, 34).
2) S. Arndts, Pand. §. 375. Anm.

des Afterverpfänders fällig ſein, es muß an ihn denuncirt werden, u. ſ. w.

Der unter 2) aufgeſtellte Satz iſt bisher noch nicht anerkannt worden[1]; von unſerer Anſicht aus iſt er nothwendige Conſequenz.

Einen Grund für die gegneriſche Anſicht finden wir nur bei Trotſche angeführt. Er meint, daß der Afterverpfänder dem Afterpfandgläubiger gegenüber ganz die Stellung eines nachſtehenden Pfandgläubigers einnehme; ein nachſtehender Pfandgläubiger habe aber nicht das Recht, daß ihm gegenüber die Solennien des Verkaufs inne gehalten würden. Die Grundloſigkeit des von Trotſche als maßgebend aufgeſtellten Princips wird im nächſten Paragraphen erhellen; mit dieſem erweiſt ſich auch die von ihm hier gezogene Folgerung als unrichtig.

Dagegen behauptet Trotſche[2] andererſeits wieder zuviel, wenn er meint, der Afterpfandgläubiger müſſe, um mit Erfolg veräußern zu können, zuvor den Afterverpfänder wegen ſeiner perſönlichen Schuld erfolglos ausgeklagt haben. Eine ſolche Vorausſetzung findet ſich in den Quellen für die Ausübung eines Pfandrechts nirgends vorgeſchrieben. Der Grund, daß dem beſitzenden dominus, wie jedem Beſitzer, die exceptio excussionis (personalis) zuſteht, beweiſt zu viel, denn danach müßte auch der Afterverpfänder, deſſen Pfandrecht der Afterpfandgläubiger ja zugleich in dem Verkauf ausübt, zuvor den dominus erfolglos ausgeklagt haben, weil auch dem Afterverpfänder gegenüber der dominus jene Einrede haben würde. Die letztere Conſequenz läugnet Trotſche allerdings mit an ſich richtigem praktiſchen Takt; doch iſt ſein Grund für dieſe Ausnahme einzig der, daß Niemand ſich auf ſeinen eignen dolus berufen dürfe. Wie darin ein dolus liegen ſollte, daß Jemand nicht ſofort, ſobald er ſchuldig iſt zu zahlen, wirklich leiſtet, iſt nicht zu erſehen. Die Gründe für ein ſolches Unterlaſſen ſofortiger Zahlung können ja die allerverſchiedenartigſten ſein. Am beſten wird es ſein, die ganze

1) S. Trotſche a. a. O. S. 46. 47. Schmid a. a. O. S. 249.
2) A. a. O. S. 48 ff.

Regel fallen zu laſſen, damit wir einer ſo künſtlich begründeten Ausnahme nicht bedürfen. Wenn wir aus den Quellen erſehen, daß die actio hypothecaria eines jeden Pfandgläubigers durch gewiſſe Einreden ausgeſchloſſen wird, ſo folgt daraus nur, daß der Pfandgläubiger in der Geltendmachung ſeines Pfandrechts gegen Dritte gehindert ſein kann; ein Schluß davon auf Behinderung des Pfandgläubigers in der Ausübung ſeines Rechts iſt völlig unzuläſſig. Die exceptio tritt immer nur der actio in rem, nicht dem dinglichen Recht beſchränkend gegenüber. Dadurch daß ein Dritter beſitzt, kann der Afterpfandgläubiger alſo wohl zufällig an der Ausübung ſeines Verkaufsrechts verhindert werden, weil das Mittel, die Pfandklage, ihm verſagt, vermöge deſſen er ſich die Möglichkeit des Verkaufs verſchaffen will, die Einrede, die ihn hindert, kann die exceptio excussionis, ſie kann aber auch eine andere ſein. Daß er darum, falls er ſelbſt beſitzt, ebenfalls nicht veräußern könnte, iſt ebenſo falſch geſchloſſen, wie wenn man beweiſen wollte, daß er deshalb auch durch Beſitz ſein Pfandrecht nicht ausüben dürfte, denn am Beſitz hindert ihn die exceptio ebenſowohl wie an dem unmittelbaren Verkauf der Sache ſelbſt.

Neben dem Veräußerungsrecht müſſen wir dem Afterpfandgläubiger als beſondere Art der Ausübung des ihm verpfändeten Pfandrechts auch das jus dominii impetrandi zugeſtehen.[1])

Nachdem wir ſo die Rechte kennen gelernt haben, welche dem an einem Sachenpfandrecht conſtituirten Afterpfandrecht entſpringen, wird es uns leicht ſein, die Wirkungen darzuſtellen, welche das Afterpfandrecht äußert, falls dem verpfändeten Pfandrecht Rechte irgend welcher Art unterliegen. Die eben aufgeſtellten Grundſätze finden einfach ihre analoge Anwendung.

2. Afterpfandrecht an einem Pfandrecht an Rechten.

Iſt das afterverpfändete Pfandrecht ein Pfandrecht an einer Servitut, ſo entſpringt für den Afterpfandgläubiger das Recht

1) Vgl. Trotſche S. 50. 51. Von der lex commissoria, die Trotſche hier noch behandelt, haben wir nicht zu reden, weil wir nicht die Sache ſelbſt als dem Afterpfandgläubiger verpfändet anſehen.

der Ausübung der Servitut, geschützt durch die utilis actio confessoria. Diese utilis actio confessoria steht mit der oben besprochenen utilis in rem actio hypothecaria völlig auf gleicher Stufe; sie ist abhängig von dem Bestehen des verpfändeten Pfandrechts wie von dem Bestehen des Afterpfandrechts selbst, und wirkt gegen jeden Dritten. Ebenfalls steht ihm unter den oben angegebenen Voraussetzungen das Recht der Veräußerung der Servitut zu. An dem gezahlten Kaufpreis erwirbt er Eigenthum; der Käufer der Servitut erwirbt dieselbe gerade so, als wenn der Afterverpfänder veräußert hätte. Das Nähere über diesen Punkt ist oben, wo wir von der Verpfändung der Servituten sprachen, gesagt.

Ist ein Pfandrecht an Emphyteuse oder Superficies in Afterpfand gegeben, so hat der Afterpfandgläubiger einerseits die utilis in rem actio, andererseits das Recht, Emphyteuse, resp. Superficies zu veräußern.

Interessanter ist der Fall, wo ein Forderungspfandrecht afterverpfändet ist. Der Inhalt des Forderungspfandrechts, nämlich utilis actio in personam und accessorisch neben derselben auch das Recht, die Forderung zu veräußern, ist seinerseits dem Afterpfandrecht unmittelbar unterworfen. Auch dem Afterpfandgläubiger muß also die utilis actio in personam gegen den Schuldner des ersten Verpfänders zustehen, zugleich als Ausdruck seiner ihm über das Forderungspfandrecht zustehenden unmittelbaren Macht, und als Mittel, den Inhalt seines Afterpfandrechts zu befriedigen; neben dieser Forderungsklage hat er auch das Recht, die Forderung zu veräußern. Dem Schuldner des ersten Verpfänders gegenüber wird er sich die Ausübung seines Rechts, ebenso wie der Afterverpfänder es thun konnte, durch Denunciation sichern. Der Schuldner ist nach geschehener Denunciation gegen seinen Gläubiger und den ersten Pfandgläubiger durch exceptio doli geschützt und dem Afterpfandgläubiger allein durch die actio utilis verhaftet.

Uebt der Afterpfandgläubiger sein subpignus nominis durch Verkauf der Forderung aus, so wird die Forderung auf den Käufer übergehen, wie wenn der Afterverpfänder sie an ihn ver-

kauft, alſo wie wenn der erſte Gläubiger ſie ihm cedirt hätte. An dem gezahlten Kaufpreiſe erwirbt der Afterpfandgläubiger Eigenthum; er kann aber zu ſeiner Befriedigung nur von dem Theil, den der Afterverpfänder für ſich hätte verwenden können, diejenige Quote zurückbehalten, die ſeiner ihm gegen dieſen zuſtehenden Forderung gleichkommt. Es wirkt hier ebenſo wie bei der subpignoratio rei der Satz: quatenus utraque pecunia debetur, pignus secundo creditori tenetur.

Benutzt der Afterpfandgläubiger ſein Recht, das aus der Forderung Geſchuldete entgegenzunehmen, reſp. einzuklagen, ſo wird ihm an dem gezahlten Gelde unmittelbar Eigenthum, an dem gezahlten corpus Afterpfandrecht erwachſen. Der Grund für dieſe Erſcheinung iſt derſelbe, aus dem wir ſchon andere gleichartige Wirkungen hergeleitet haben. Iſt Geld gezahlt, ſo hat das Pfandrecht ſein letztes Ziel erreicht, und geht damit in ſeiner Befriedigung unter; iſt eine Sache geleiſtet, ſo ſetzt ſich das verpfändete Pfandrecht fort, weil es den Vermögenswerth, auf den es ſich richtet, noch nicht gefunden, ſondern nur an die Stelle des bisherigen Objects, welches dieſen Vermögenswerth in ſich enthielt, ein anderes getreten iſt. Hier wird nun der Satz praktiſch, daß das pignus rei, welches ſich auf dieſe Weiſe aus dem pignus nominis entwickelt hat, genau daſſelbe Pfandrecht geblieben und nicht etwa ein neues iſt, welches an die Stelle eines untergegangenen getreten. Mit dem verpfändeten Pfandrecht bleibt auch das an demſelben conſtituirte Afterpfandrecht bei Beſtand.

Für den letzten Fall treten alſo von dieſem Augenblick die Grundſätze des subpignus rei in Kraft. Für den Fall, wo Geld geleiſtet iſt, befriedigt der Afterpfandgläubiger ſich aus demſelben ebenſo wie aus dem gezahlten Kaufpreiſe. Auch hier wirkt alſo der Grundſatz: quatenus utraque pecunia debetur u. ſ. w.

Die Vorausſetzungen für die Ausübung dieſes dem Afterpfandgläubiger zuſtehenden Verkaufs- und Klagerechts ſind genau dieſelben, die wir oben für das Verkaufsrecht des Sach-

afterpfandgläubigers angegeben haben. Das jus exigendi ſteht auch hier dem jus distrahendi völlig gleich.

Hiemit ſind die ſpeciell afterpfandrechtlichen Grundſätze, die über das subpignus nominis gelten, erledigt.

Die abweichenden Anſichten Trotſche's[1]) ſind Conſequenzen von ſchon früher widerlegten Principien. Die Punkte, die derſelbe ſonſt noch a. a. O. behandelt, gehören in die Lehre vom Forderungspfandrecht.

Endlich kann auch ein Afterpfandrecht Gegenſtand des Afterpfandrechts ſein; der Afterpfandgläubiger kann ſelbſt wieder afterverpfänden. Die Wirkungen eines ſolchen Afterpfandrechts an einem Afterpfandrecht werden verſchieden ſein, je nachdem dem afterverpfändeten Afterpfandrecht ein Pfandrecht an einer Sache oder ein Pfandrecht an Rechten, alſo an Servituten, Emphyteuſe, Superficies u. ſ. w. oder endlich ein Pfandrecht an einem Pfandrecht, alſo ein Afterpfandrecht unterliegt. Wir ſtehen hier demnach an einem Punkte, wo ſich auf's Neue eine unendliche Reihe von Pfandrechten verſchiedener Art eröffnet, eine Folge davon, daß das Pfandrecht im Afterpfandrecht zu ſich ſelbſt zurückkehrt und damit die Fähigkeit gewinnt, aufs Neue und immer wieder aufs Neue ſeinen Kreislauf durch die verſchiedenartigſten Vermögensſtücke zu beginnen. Das Nähere über dieſen Punkt wird man uns erlaſſen; die angegebenen Grundſätze ſind leicht weiter anzuwenden.

Nur der Curioſität wegen mag hier zum Schluß der Streit ſeine Stelle finden, den die älteren Juriſten darüber führten, ob ein pignus öfter zu Afterpfand gegeben werden kann. Durantis[2]) behauptete, ein pignus könne nicht öfter als dreimal verpfändet werden, ut evitetur infinitas, mit Berufung auf c. 2 de rescriptis in VI. I, 3:

> Quum in multis juris articulis infinitas reprobetur, provide duximus statuendum, ut per illam generalem clausulam, Quidam alii, quae frequenter in

1) A. a. O. S. 75 ff.

2) Speculum judiciale, tit. de pignoribus §. 1

literis nostris inseritur, ultra tres vel quatuor in judicium non trahantur — —

Auch Abbo von Fleuri verwandte in seiner Canonensammlung[1]) diese Stelle auf ähnliche Weise für unsere Frage. Ludovicus Romanus (lebte von 1409—1439) stimmte später dem Durantis bei in seinen comment. de jur. civil. libris, in l. 13 §. 15 D. de damm. inf. (39, 2):

— — neque enim in infinitum obligatus esse debet stipulatione — —

Gegen Durantis erklärte sich Baldus, Angelus Perusinus in l. 1 C. si pign. pignori (8, 24) und Alexander Tartagnus in l. 13 §. 15 cit., Letzterer seinerseits mit Berufung auf l. 7 §. 1 D. de edendo (2, 13):

— — potest fieri, ut bis editam sibi rationem quis perdiderit, ut verbum iterum pro saepius accipiatur.

Die Ansicht des Baldus war die der späteren Jurisprudenz[2]), allerdings auch hier aus dem falschen Grunde: quia jus quaesitum nobis in pignore est reale et ab ossibus nostris de facili transit, sicut dominium, quod est transitorium de persona in personam per mille manus, et semper remanet idem dominium u. s. w.[3])

In dem Bisherigen hat sich gezeigt, wie das verpfändete Pfandrecht dem Afterpfandrecht seinen materiellen wie formellen Inhalt vollständig mittheilt; daran ist hier nur noch die kurze Bemerkung anzuknüpfen, daß das Afterpfandrecht ebenso an allen übrigen Eigenschaften des verpfändeten Pfandrechts Theil nimmt, die für die Geltendmachung desselben, resp. für dessen Existenz von Bedeutung werden. So werden Bedingung und

1) Bei Mabillon, vetera analecta ed. 2. Paris 1723 f. p. 133—148.

2) Vgl. Negusantius de pignor. et hyp. pars 2 membr. 3 num. 20. Mudaeus, de pign. et hyp. tit. quae res obl. num. 17. Jedoch dagegen noch Bachov. de pign. et hyp. lib. 2. cap. 9.

3) Auf demselben Standpunkt stehen später noch Brunnemann ad l. 1 C. si pign. pignori (8, 24) und ad l. 13 §. 2 D. de pign. (20, 1) und Gmelin l. cit. S. 236.

dies, die dem verpfändeten Pfandrecht beigefügt ſind, auch für das Afterpfandrecht von unmittelbarer Bedeutung; es wird durch die Bedingung ebenſo wie das verpfändete Pfandrecht ſuspendirt, und durch den dies in ſeiner Geltendmachung hinausgeſchoben. Ebenſo nimmt das Afterpfandrecht aber auch den Pfandrechten gegenüber, die Dritte an der Sache ſelbſt erworben haben, an den Privilegien Theil, die dem verpfändeten Pfandrecht vor dieſen den Vorzug geben; wie es auch andererſeits ſolchen Pfandrechten nachſteht, die durch Alter oder Privileg dem afterverpfändeten Pfandrecht vorgehen. So wird der unprivilegirte Afterpfandgläubiger eines privilegirten Pfandgläubigers den anderen an der Sache Pfandberechtigten vorgehen, und wiederum der privilegirte Afterpfandgläubiger eines unprivilegirten Pfandgläubigers den Privilegien anderer Sachpfandgläubiger den Vorrang zugeſtehen müſſen.[1])

Dieſe Sätze ſind Conſequenzen des Umſtandes, daß das Afterpfandrecht ſich nach außen hin einzig mit den in dem verpfändeten Pfandrecht liegenden Rechten geltend macht. Die Kraft und Wirkſamkeit des verpfändeten Pfandrechts iſt darum auch unmittelbar für das Afterpfandrecht maßgebend.

1) Vgl. Schmid S. 143.

VII.

Rechtliche Stellung des Afterverpfänders.

Der Afterverpfänder ist zunächst Gläubiger des ersten Verpfänders, und zugleich seinerseits dem ersten Verpfänder aus dem zwischen ihnen beiden abgeschlossenen Pfandcontract persönlich verpflichtet. In dieser Rücksicht ändert die vor sich gegangene Afterverpfändung Nichts. Der Afterverpfänder bleibt namentlich ganz in derselben Weise wie bisher seinem Schuldner gegenüber forderungsberechtigt, denn in der Afterverpfändung liegt, wie wir gesehen haben, keine Verpfändung dieser Forderung.

Der Afterverpfänder ist ferner dem Afterpfandgläubiger gegenüber aus dem zwischen ihnen abgeschlossenen Afterpfandcontract persönlich berechtigt. Hier wird der Satz von Bedeutung, den Dernburg[1]), meines Erachtens, bewiesen hat, daß nämlich die actio pignoratitia nicht den Abschluß eines Pfandrealcontracts voraussetzt, sondern Begleiterin eines jeden Pfandrechts ist, sei dasselbe Faustpfand oder Hypothek. Das Afterpfand kann nämlich, wie schon früher ausgeführt ist, nur durch bloßen Vertrag, nicht durch Hingabe seines Objects zu Stande kommen, eben weil sein Object des Besitzes nicht fähig ist. Dennoch wird dem Afterverpfänder unstreitig die actio pignoratitia directa stets zugestanden werden müssen, desselben Inhalts, wie

---

1) Pfandrecht I. S. 138—141. Vgl. Brinz, Pand. I. S. 314. 315. Dagegen neuerdings Schmid, a. a. O. S. 72 ff.

jede andere Klage dieſer Art. Der Afterverpfänder wird mit derſelben namentlich, ſobald er die dem Afterpfandgläubiger gegen ihn zuſtändige Forderung getilgt, Herausgabe des Afterpfandobjects, falls daſſelbe im Beſitz des Afterpfandgläubigers iſt, fordern können. Hatte der erſte Schuldner an den Afterpfandgläubiger ein corpus geleiſtet, ein Vorgang, der, wie wir oben geſehen, dies corpus dem Pfandrecht des Afterpfandgläubigers unterwirft, ſo geht die actio pignoratitia unter derſelben Vorausſetzung auf Reſtitution dieſes corpus. Hat der Afterpfandgläubiger ſich durch Veräußerung befriedigt, oder von dem zahlenden dominus Geld entgegengenommen, ſo verpflichtet ihn die actio pignoratitia, die hyperocha an den Pfandgläubiger herauszugeben. Ueberdies haftet der Afterpfandgläubiger dieſer Klage gegenüber für diligentia diligentis patrisfamilias.

Seinerſeits iſt der Afterverpfänder dem Afterpfandgläubiger durch die actio pignoratitia contraria zu Präſtation von bona fides verpflichtet. Vorausſetzung und Gegenſtand dieſer Klage haben hier nichts Beſonderes.

Schwieriger iſt die Beantwortung der Frage, wie die Stellung des Afterverpfänders als Pfandgläubiger ſich geſtaltet. Hat derſelbe namentlich noch die Befugniß, die actio hypothecaria anzuſtellen? kann er, falls z. B. eine Sache ihm verpfändet war, dieſelbe noch veräußern? u. ſ. w.

Als Princip für die Beantwortung dieſer Frage hat man den Satz aufgeſtellt, der Afterverpfänder ſtehe ganz wie ein posterior creditor; der Afterpfandgläubiger ſei der potior.[1]) Dieſe Anſicht werden wir ſchon deshalb verwerfen, weil ſie vorausſetzt, daß Beide, Afterverpfänder und Afterpfandgläubiger, unmittelbar an dem Pfandobject pfandberechtigt ſeien. Sie iſt auch in den Quellen nirgends beſtätigt. Die l. 14 §. 3 D. de div. temp. praescr. (44, 3) nennt den Afterpfandgläubiger allerdings potior, dem Afterverpfänder gegenüber, aber, wie ſie ſelbſt klar genug ergiebt, nur in Beziehung auf das interdictum

1) Trotſche S. 37. Aehnlich Geſterding Ausbeute Bd. 4 Thl. 1. S. 199. 209. v. Löhr, Archiv Bd. 14 S. 164.

utrubi, von dem ſie redet. Sie ſagt, der Afterpfandgläubiger würde in dieſem Interdict dem Afterverpfänder vorgehen, wie dieſer dem dominus. Ebenſowenig wie man hieraus folgern kann, daß der dominus dem Afterverpfänder gegenüber posterior creditor ſei, kann man einen ſolchen Schluß für das zwiſchen dem Afterverpfänder und Afterpfandgläubiger beſtehende Verhältniß ziehen.

Die andere Anſicht, von der aus ſich ein Princip für Beantwortung unſerer Frage aufſtellen ließe, daß nämlich Afterverpfändung Uebertragung des Pfandrechts ſei, haben wir ſchon früher verworfen.

Wir werden unſere Frage richtig nur nach der Analogie der anderen Verpfändungsfälle beurtheilen können.

Soviel iſt zunächſt gewiß, daß das verpfändete Pfandrecht im Vermögen des Afterverpfänders bleibt, eben ſo wie die Sache des verpfändenden Eigenthümers in deſſen Vermögen u. ſ. f. Jede Dispoſition des Afterverpfänders über ſein Pfandrecht, die nicht als Ausübung des Inhalts deſſelben, ſondern lediglich als Folge und Ausdruck dieſes juriſtiſchen Factums erſcheint, wird demnach bei Beſtand bleiben. Der Afterverpfänder kann darum beliebig das Pfandrecht veräußern, z. B. mit der Forderung an einen Dritten übertragen, ebenſo wie der Eigenthümer die von ihm verpfändete Sache beliebig veräußern kann. Doch wird dort wie hier das an dem veräußerten Objeet einmal begründete Pfandrecht, alſo in unſerem Falle das Afterpfandrecht des Afterpfandgläubigers, bei Beſtand bleiben. Ebenſo kann der Afterverpfänder aber auch durch Verzicht über ſein Pfandrecht verfügen, alſo daſſelbe und mit ihm das Afterpfandrecht vernichten. Er übt weder hier noch dort ein in ſeinem Pfandrecht enthaltenes Recht aus, ſondern benutzt nur eine ihm durch den Umſtand gebotene factiſche Möglichkeit, daß das betreffende Recht in ſeinem Vermögen ſteht. Gegen eine hieraus dem Afterpfandgläubiger entſpringende Gefahr für ſeine Sicherheit kann ihm ebenſo wenig geholfen werden, wie dem Sachenpfandgläubiger gegen die Gefahr, daß nicht etwa der verpfändende Eigenthümer die Pfandſache vernichte. Hier wie dort

fen.[1]) Auch hat die Anſicht Trotſche's bisher keinen Beifall gefunden.[2])

Das Reſultat iſt alſo dieſes. Das Afterpfandrecht beſchränkt den Afterverpfänder unmittelbar in der Ausübung der in ſeinem Pfandrecht enthaltenen Rechte; doch bleibt er immer noch Pfandberechtigter, das Pfandrecht ſteht noch immer in ſeinem Vermögen,

l. 1 C. si pign. pignori (8, 24):

— — tamdiuque eum (secundum creditorem) is, qui jus repraesentat, tueatur, quamdiu in causa pignoris manet ejus, qui dedit.

Jede Dispoſition über ſein Pfandrecht, die nicht Ausübung deſſelben iſt, bleibt ihm darum nach wie vor frei.

Daraus erklärt ſich auch, daß dem Afterverpfänder völlig freiſteht, aus ſeiner Forderung von dem erſten Schuldner Zahlung entgegenzunehmen und damit ſein Pfandrecht zu vernichten. Er disponirt damit ebenfalls über ſein Pfandrecht, aber ohne Ausübung der in dieſem enthaltenen Rechte.

Die Stellung des Afterverpfänders endlich, die derſelbe als Schuldner des Afterpfandgläubigers einnimmt, bedarf hier keiner weiteren Erörterung.

---

1) Vgl. v. Savigny, Syſtem Bd. 3. S. 307 ff.
2) Vgl. Dernburg, Pfandrecht I. S. 477 Note 5.

VIII.

Rechtliche Stellung des erſten Verpfänders.

Im Ganzen ändert ſich die rechtliche Stellung des erſten Verpfänders nach der von dem erſten Pfandgläubiger vorgenommenen Afterverpfändung nicht weſentlich, denn es wird in dem Afterpfandrecht kein neues Pfandrecht an dem in ſeinem Vermögen ſtehenden Object begründet; der dominus tritt durch die Afterverpfändung in kein neues Rechtsverhältniß unmittelbar ein. Nur mittelbar hat dieſelbe auf ſeine Stellung Einfluß. So muß er der actio utilis hypothecaria des Afterpfandgläubigers gegenüber die dieſem afterverpfändete Sache herausgeben; ſo hat auch der von dem Afterpfandgläubiger vorgenommene Verkauf der Sache ihm gegenüber Beſtand.[1]) Ebenſo wird der Schuldner, deſſen nomen er dem Afterverpfänder verpfändet hat, durch die in Folge der Afterverpfändung an den Afterpfandgläubiger geleiſtete Zahlung ihm gegenüber liberirt, u. ſ. w. Kurz, in vieler Hinſicht tritt der Afterpfandgläubiger dem erſten Verpfänder gegenüber an die Stelle des erſten Pfandgläubigers.

Eine zweifelhafte Frage iſt hier die, ob dem erſten Verpfänder nicht etwa gegen den Afterpfandgläubiger auch eine actio pignoratitia directa unmittelbar zuſteht.

Auf eine befriedigende Weiſe kann dieſer Punkt hier ſeine Erörterung nicht finden[2]), weil dabei Principien in Frage kommen, die völlig außerhalb der Lehre vom Afterpfandrecht liegen.

1) L. 1 C. si pign. pignori (8, 24).

2) Vgl. über denſelben Dernburg a. a. O. S. 154 ff. S. 484.

Nach den einſchlagenden Quellenſtellen ſcheint die Frage bejaht werden zu müſſen. Es heißt in der

l. 2 C. si pign. pignori (8, 24):

Si creditor possessionem, quae a parentibus tuis pignoris jure fuerat obligata, non vendidit, sed alii creditori pignori dedit, examinata fide veri, poteris eam, soluto eo, quod ex hac causa creditori debetur, intercessu praesidis provinciae recuperare.

Dieſe Stelle verlangt nur, daß der dominus beweiſe, er habe die Sache verpfändet, und dieſe ſei dem jetzigen Beſitzer nicht verkauft, ſondern nur afterverpfändet worden. Sie ſetzt alſo Beweis des Eigenthums oder des Titels nicht voraus. Zu demſelben Reſultat ſcheint der Gedankengang der l. 40 §. 2 D. de pign. act. (13, 7) zu führen, welche den Satz an die Spitze ſtellt, daß nach geſchehener Befriedigung der creditor reſtituiren müſſe, und an dieſen die Bemerkung knüpft, daß Zahlung des dominus auch persecutio und retentio des Afterpfandgläubigers aufhebe. Ebenſo ſpricht das cap. 6 X. de pignorib. (3, 21) die Reſtitutionsverbindlichkeit des Afterpfandgläubigers an den dominus aus. Die l. 11 §. 5 D. de pign. act. (13, 7) redet allerdings nur von einer actio pignoratitia des dominus gegen den erſten Pfandgläubiger.

So war denn auch die ältere Jurisprudenz für Bejahung unſerer Frage, z. B. Mevius in der oben, Einleitung S. 4, cit. dec. 342. Zur Unterſtützung des bisher Vorgebrachten dient ferner die allgemeine Betrachtung, daß die Quellen überhaupt lieben, den Pfandgläubiger als Procurator des dominus anzuſehen, ſo daß der Afterverpfänder ſeinerſeits die ihm gegen den Afterpfandgläubiger erwachſende actio pignoratitia ſofort gleichſam für den dominus erwirbt. Ferner erſcheint der Afterpfandgläubiger in dem Beſitz der Pfandſache gleichermaßen als Succeſſor, als Vertreter des erſten Pfandgläubigers, als für dieſen beſitzend, wie wir dieſe Anſicht namentlich in der ſchon ſonſt erwähnten l. 14 §. 3 D. de div. temp. praescr. (44, 3) hervortreten ſehen. So heißt es auch in der l. 7 §. 2 C. de

praeser. 30 annor. (7, 39) von dem beſitzenden Pfandgläubiger überhaupt:

— utpote imaginem debitoris obtinentem eique possidentem.

Jedenfalls kann der dominus vermöge ſeiner ihm gegen den Afterverpfänder zuſtändigen actio pignoratitia directa von dieſem Ceſſion der actio pignoratitia verlangen, welche dieſer gegen den Afterpfandgläubiger erworben hat.

Der eben zuletzt angeführte Grund iſt zugleich entſcheidend dafür, daß der dominus auch in der Perſon des beſitzenden Afterpfandgläubigers ſeinen Uſucapionsbeſitz fortführt.[1])

Der actio pignoratitia des dominus gegenüber hat der Afterpfandgläubiger kein Retentionsrecht, wie das die l. 2 C. si pign. pignori (8, 24) mit den Worten bezeugt:

poteris eam (possessionem), soluto eo, quod ex hac causa creditori debetur, intercessu praesidis provinciae recuperare.

Der dominus hat dem erſten Pfandgläubiger gezahlt; der Afterpfandgläubiger ſoll nun wegen irgend welcher eigener Forderungen keine Schwierigkeiten mehr mit der Reſtitution der Pfandſache machen können.[2]) Der theoretiſche Grund iſt einfach der, daß der Afterpfandgläubiger an der Pfandſache, welche er beſitzt, niemals irgend ein Pfandrecht gehabt hat.

Die Frage, wie ſich die hyperocha beſtimme, welche der dominus zu fordern hat, iſt nach unſerer Anſicht unſchwer zu entſcheiden. Die Afterverpfändung ändert an den bisher beſtandenen Verhältniſſen Nichts, weil ſie kein neues Pfandrecht an dem dem dominus gehörigen Object conſtituirt. Wir brauchen uns hier nicht mehr, wie Trotſche[3]), darauf zu berufen, daß die Lage des dominus durch die Afterverpfändung nicht verſchlimmert werden dürfe.

Die actio pignoratitia, die dem erſten Verpfänder gegen

1) And. Anſ. Büchel a. a. O. S. 396.

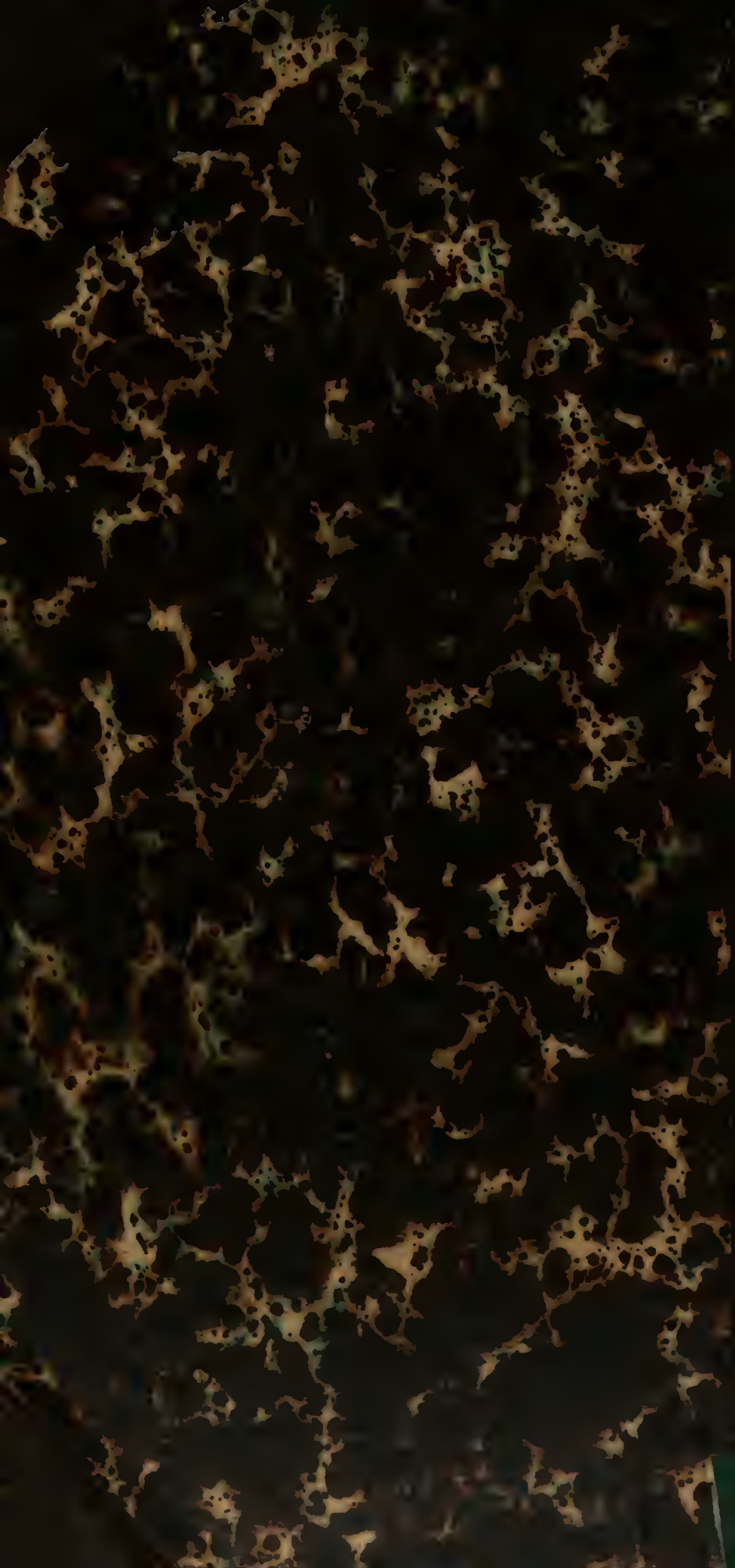
2) Ebenſo entſcheidet das in der Einleitung angeführte Reſponſum der Erfurter Juriſtenfacultät n. 56.

3) S. 42.

den erſten Pfandgläubiger zuſtand, bleibt ganz in ihrem alten Beſtande.[1]) Ein Ausfluß der von dieſem zu präſtirenden diligentia iſt, daß derſelbe im Fall der Afterverpfändung für culpa in eligendo haftet.[2])

1) Vgl. l. 11 §. 5. D. de pign. act. (13, 7).

2) Vgl. Dernburg S. 484. Das öſterr. Geſetzbuch §. 460 ſteigert die obligatio des Afterverpfänders zu einer Haftung für jeden casus, der das Pfand bei ihm nicht betroffen hätte.

Ex. H. a. a.

Druck von J. B. Hirſchfeld in Leipzig.